

Melhim Namem Chalhub

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

De acordo com:

- **Regularização Fundiária**
– Lei 13.465/2017

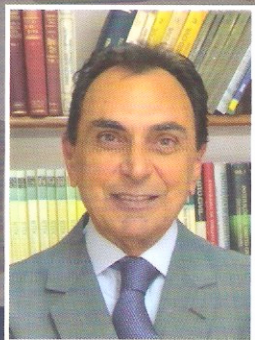
4ª
edição

revista,
atualizada
e ampliada

Inclui **MATERIAL
SUPLEMENTAR**

Peças editáveis
para download





Melhim Namem Chalhub

Especialista em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros, da Academia Brasileira de Direito Civil e da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário.

Autor das obras *Alienação Fiduciária - Negócio fiduciário*, *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*, *Direitos Reais*, *Alienação Fiduciária*, *Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais* - Estudos e Pareceres, entre outras.

Autor de anteprojetos de lei, entre os quais:

- Alienação fiduciária de bens imóveis (Leis 9.514/1997, 10.931/2004 e 13.465/2017).
- Patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias (arts. 31-A a 31-F da Lei 4.591/1964, com a redação dada pelo art. 53 da Lei 10.931/2001), apresentado e debatido no Instituto dos Advogados Brasileiros.
- Propostas de emendas ao novo CPC relativas ao processo de execução, apresentadas e debatidas no Instituto dos Advogados Brasileiros.



INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA



O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

Melhim Namem Chalhub

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

4^a
edição

revista,
atualizada
e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2017 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 4.^a edição.

- Capa: Camila Araújo

- Fechamento desta edição: 02.08.2017

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C426

Chalhub, Melhim Namem

Incorporação imobiliária / Melhim Namem Chalhub. – 4. ed., rev. atual. e ampl. – São Paulo : Forense, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-7704-7

1. Direito imobiliário - Brasil. 2. Bens imóveis - Brasil. 3. Incorporação imobiliária. I. Título.

17-43786

CDU: 347.23(81)

NOTA DO AUTOR À 4ª EDIÇÃO

Após a 3ª edição deste trabalho sobrevieram alterações no sistema legislativo relacionado à incorporação imobiliária, entre as quais se destacam os arts. 55 e 62 da Lei nº 13.097/2015, o art. 833, XII, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e os arts. 58 e 67 da Lei nº 13.465/2017.

O primeiro afasta os riscos de evicção e ineficácia dos contratos de alienação e oneração das unidades imobiliárias integrantes de incorporações imobiliárias, o segundo dispõe sobre a interpelação do promitente comprador para efeito de caracterização do inadimplemento das suas obrigações, o terceiro torna impenhoráveis os créditos oriundos das alienações das unidades vinculados à execução da obra, o quarto introduz no Código Civil o art. 1.358-A, que submete aos arts. 1.331 e seguintes do Código Civil e o quinto altera disposições da Lei nº 9.514/1997, que regulamenta a alienação fiduciária de bens imóveis.

Tendo como pressupostos a vulnerabilidade dos adquirentes e a conformação da atividade da incorporação como unidade econômica dependente de suas próprias forças, essas normas, juntamente com os arts. 28 e seguintes da Lei nº 4.591/1964, em especial os arts. 31-A a 31-F, formam um conjunto de normas de grande eficácia com vistas à realização do programa do contrato de incorporação imobiliária – execução da obra, entrega das unidades e liquidação do passivo da incorporação.

A par dessas alterações legislativas, a construção jurisprudencial vem suscitando relevantes questões relacionadas à responsabilidade civil do incorporador e do construtor, à abusividade de cláusulas dos contratos de alienação e à efetividade da proteção dos adquirentes ante os efeitos do inadimplemento de suas obrigações em face do interesse comum da coletividade dos contratantes.

Essas alterações legislativas e o debate proporcionado pela jurisprudência justificam a atualização deste trabalho, para a qual destaco a participação dos meus colegas de Escritório Daniella Araujo Rosa, Luiz Felipe Passos França, Rosângela Barbosa Ribeiro Marques e Dalva Silva de Sousa.

PREFÁCIO

Da situação de completo desamparo em que vivia o consumidor brasileiro, em certos setores doutrinários e jurisprudenciais, passou-se, após a Lei nº 8.078, de 11.09.1990, a uma visão paternalista de exagerado amparo à parte vulnerável da relação de consumo, que, se levada ao extremo por alguns preconizado, subverterá o próprio objetivo do Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, e como, aliás, consta de disposição expressa da própria lei tutelar, entre seus desígnios está a busca do equilíbrio e da harmonia entre os sujeitos da relação de consumo, de modo a igualá-los juridicamente e a propiciar o necessário e indispensável desenvolvimento econômico, segundo os princípios constitucionais que regem o mercado (art. 4º, III).

O Código de Defesa do Consumidor, sabidamente, valorizou a função social do contrato, mas não é somente esta função que desenvolve o milenar instrumento jurídico, pois, em sua essência, não é o contrato um meio de promover a assistência social, mas, sim, um natural e indispensável instrumento de natureza econômica.

É no plano econômico, na verdade, em termos do fenômeno contratual, que se encontra a **natureza da coisa**. Dessa maneira, a tutela social ao consumidor não pode ser proporcionada de modo a anular ou inviabilizar a função econômica do contrato. Deve, ao contrário, respeitá-la e incentivá-la, no próprio interesse da massa consumidora, visto que sem um mercado próspero não encontrarão os consumidores condições favoráveis à satisfação de suas necessidades de produtos e serviços, em níveis compatíveis com o mundo atual, nem se beneficiarão das vantagens evidentes que a livre concorrência lhes proporciona.

Por outro lado, não foi o CDC que **inventou** a proteção social do consumidor. Teorias como a da boa-fé objetiva, da repressão à usura e à lesão, da revisão contratual por força da cláusula rebus sic stantibus e da teoria da aparência, e muitas outras de alto cunho ético e de notável função social, foram forjadas muito antes que o clima de sociedade de consumo se implantasse no planeta.

O CDC, a exemplo do que se fez em todo o mundo ocidental na segunda metade do século XX, apenas cuidou de valorizar essas teorias endereçando-as, com as necessárias adaptações, às relações de consumo. Não criou, realmente, estruturas obrigacionais novas. Ressaltou, tão somente, técnicas já conhecidas

e desenvolvidas no âmbito do direito aplicável aos contratos entre fornecedores e consumidores.

Não se implantou, por meio da Lei nº 8.078/90, um código que se ocupasse de toda a regulamentação dos contratos utilizados nos negócios de consumo. O código que entre nós se implantou é, como seu próprio nome indica, um Código de Defesa do Consumidor. O que nele realmente se tem de novo é a técnica de proteger a parte vulnerável nos negócios de massa. Os princípios e os regulamentos normativos que comandam os contratos entre fornecedores e consumidores continuam sendo aqueles fixados pelo direito privado nas leis civis e comerciais, embora flexibilizados pelas diretrizes da nova ordem engendrada pela necessidade de proteger a parte jurídica e economicamente fraca.

O certo, porém, é que os princípios sociais do novo contrato de consumo não eliminam os princípios tradicionais desse instituto jurídico, quais sejam o princípio da autonomia privada (liberdade contratual), o princípio da força obrigatória das convenções e o princípio da relatividade de seus efeitos que atuam apenas na esfera das partes. O que deve haver, em função da nova ordem legal, é uma releitura dos princípios clássicos, para que se amoldem à função social exigida pela atual ordem econômica visualizada na disciplina constitucional das relações de mercado.

O objetivo de proporcionar a circulação das riquezas e de emprestar segurança a essa circulação, que é inerente à natureza do contrato, jamais poderá ser desprezado na exegese e aplicação dos preceitos de tutela ao consumidor. Sem que isto se dê, não há como entender que exista o instituto do contrato. Anulado o contrato – porque, sem essa força, simplesmente não há contrato –, o reflexo se dará sobre toda a sistemática organizacional da Constituição, que, no plano econômico, se apoia na propriedade privada, na segurança jurídica, no ato jurídico perfeito e na livre iniciativa. O aspecto ético do relacionamento econômico, portanto, não há de invalidar ou inviabilizar aquilo que é a função primária e essencial do contrato.

Por outro lado, a proteção aos interesses sociais no relacionamento econômico não se esgota nas regras do Código do Consumidor. Muitas leis, anteriores e posteriores ao CDC, regulam de forma específica certos setores da atividade econômica e se destinam a realizar os mesmos propósitos da Lei nº 80.78/90, isto é, impor regras de ordem pública voltadas à defesa da parte mais fraca da relação negocial.

É o caso da Lei nº 4.591/64, que sabidamente se editou com o fim de proteger os interesses dos adquirentes de unidades de edifícios de apartamentos ainda em construção. Portanto, não devem suas regras, que são especiais, ser ignoradas e recusadas a pretexto de aplicarem-se preceitos apenas genéricos do CDC. O confronto, *in casu*, assumiria o feitio de concorrência de norma geral e norma

especial, não havendo razão para afastar esta, se ambas têm o mesmo propósito e não encontram incompatibilidade absoluta.

O livro elaborado pelo Prof. Melhim Namem Chalhub – um reconhecido estudioso do tema do direito das incorporações – contém uma notável contribuição à correta interpretação da Lei nº 4.591/64 e à harmonização de suas regras especiais com o universo das relações de consumo regidas pela Lei nº 8.078/90, bem como à adequada proteção dos direitos patrimoniais dos adquirentes, por meio da afetação do acervo das incorporações.

A análise dos princípios clássicos do contrato foi muito bem efetuada pelo autor, que logrou demonstrar até onde sofreram o impacto da nova visão social reclamada pela tutela do consumidor. Mas o ponto alto do trabalho está na fixação do que é a essência do contrato de incorporação, que permanece sob a regência da legislação especial e não deve ser anulada pela superveniência do CDC. É que, como mui judiciosamente se demonstrou, “a aplicação dos princípios contidos nas cláusulas gerais (valorizadas pelo CDC) deve conter-se **nos limites da realidade do contrato, sua estrutura, sua tipicidade e funcionalidade**”.

Leva o estudo à conclusão de que o contrato de incorporação – instrumento de função social relevantíssima por dizer respeito a dois gravíssimos problemas da Nação, que são o da construção civil e o do enorme **déficit** habitacional existente no País – deve ser entendido e disciplinado à luz da lei específica, sem eliminar a possibilidade de sujeição às regras tutelares do CDC, porque é óbvio não se tratar de negócio imune a cláusulas e praxes abusivas por parte dos incorporadores. O enfoque, porém, não é de ser feito para afastar a disciplina da Lei nº 4.591/64, que é específica e que há de prevalecer quando não houver cláusula abusiva a reprimir, porque tem a mesma finalidade do CDC, no que diz com a função social do contrato e, acima de tudo, leva em conta a tipicidade da incorporação sem descurar dos ditames da boa-fé e do equilíbrio das relações obrigacionais “que caracterizam a moderna teoria do contrato e que estão reunidos no Capítulo VI do CDC”.

A despeito desses mecanismos de proteção, a posição do adquirente ainda permanecia vulnerável do ponto de vista patrimonial, em face da eventualidade de desequilíbrio econômico-financeiro do incorporador, e, para compensá-la, o autor formulou proposição legislativa, em parte convertida na Medida Provisória nº 2.221, de 4 de setembro de 2001,¹ que acrescentava à Lei nº 4.591/64 os arts. 30-A a 30-G, admitindo a segregação patrimonial das incorporações imobiliárias. Com efeito, a partir da ideia de que a incorporação imobiliária tem estrutura física e econômico-financeira própria, capaz de assegurar a consecução da obra

¹ Essa MP foi revogada pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que corrige a maior parte das distorções da MP.

com recursos do orçamento próprio da incorporação, independentemente de outras fontes, e essa autonomia encontra-se potencializada no art. 32 da Lei nº 4.591/64, daí por que esse negócio se ajusta com perfeição à teoria da afetação.

Vislumbrando, assim, nesse dispositivo os elementos essenciais de segregação patrimonial de cada incorporação, em proveito dos credores – e, entre estes, especialmente os adquirentes, considerados credores privilegiados –, o autor discorre sobre a teoria da afetação e comenta a Medida Provisória nº 2.221/01.² Nesse ponto, o autor mostra que alguns dispositivos dessa MP se opõem ao fundamento axiológico do sistema de proteção do adquirente, pois, em vez de compensar o desequilíbrio existente entre este e o incorporador, esses dispositivos tornam ainda mais desequilibrada a relação. De fato, o art. 30-A da MP 2.221 dispunha que “o patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador (...) e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva”, mas, em sentido diametralmente oposto, o art. 30-D mandava reunir todas as contas do passivo fiscal, previdenciário e trabalhista do incorporador e, em caso de falência deste, repassar aos adquirentes a responsabilidade pelo pagamento de todas essas dívidas. Ou seja, o passivo da massa falida passaria a ser pago com recursos dos adquirentes, e não com o produto do ativo da massa.

Trata-se sem dúvida de grave antinomia que, a despeito de poder ser solucionada em cada caso que se apresente em juízo, e o seria sempre pela prevalência do art. 30-A, limitando sua responsabilidade ao valor pactuado para aquisição das unidades, deveria ser corrigida definitivamente no plano legislativo, mediante aprovação de emendas que dessem coerência lógica ao texto legal, em consonância com o princípio da igualdade substancial consagrado pela Constituição.

² Nesta 2ª edição, o objeto do comentário do autor é a Lei nº 10.91/2004. No prefácio da 1ª edição deste trabalho referimo-nos ao sistema de proteção patrimonial dos adquirentes contido no anteprojeto apresentado pelo Dr. Chalhub ao Instituto dos Advogados Brasileiros, em parte convertido na Medida Provisória nº 2.221/2001. Reconhecendo que os dispositivos que acrescentara ao anteprojeto original importavam em grave antinomia, desprotegendo os adquirentes, em vez de limitar seus riscos, o próprio Poder Executivo propôs a revogação da MP 2.221/2001 e encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.065, de 4 de março de 2004, no qual recoloca nos devidos termos o sistema de proteção patrimonial dos adquirentes, resgatando quase por inteiro o anteprojeto originalmente aprovado pelo IAB. O Projeto de Lei nº 3.065/2004 foi aprovado com emendas pelo Congresso e foi convertido na Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. O único aspecto ainda pendente é o referente à obrigatoriedade: enquanto o anteprojeto original preconiza a afetação de todas as incorporações, compulsoriamente, o Projeto do Executivo preferiu deixar a constituição da afetação a critério do incorporador.

O desequilíbrio foi corrigido, na medida em que a nova lei acolheu emendas pelas quais fica claro que as dívidas e obrigações do patrimônio de afetação devem ser satisfeitas com recursos oriundos do seu próprio orçamento, sem imputar novos encargos aos adquirentes.

O estudo do Prof. Chalhub representa, em suma, uma contribuição muito relevante para as letras jurídicas num campo de incomum interesse para as relações econômicas e em momento de crise nacional, em que os olhos de toda a Nação se voltam para a incrementação do desenvolvimento econômico, como necessidade fundamental e inadiável.

A indústria da construção civil e especificamente a de construção de moradias está no epicentro do fenômeno crítico e não pode ser desestimulada ou embaraçada por interpretações inconvenientes e equivocadas das leis tutelares de consumo.

A lição que se lança no meio jurídico, por meio desse importante livro, é um convite à meditação e conscientização em torno de um tema que merece tratamento mais aprofundado do que o feito até o momento nos pretórios e na doutrina.

Humberto Theodoro Júnior

Junho de 2002

SOBRE O AUTOR

Especialista em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros, da Academia Brasileira de Direito Civil e da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário.

Autor das obras *Alienação Fiduciária - Negócio fiduciário, Incorporação Imobiliária, Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos, Direitos Reais, Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais - Estudos e Pareceres* (Editora Renovar), entre outras.

Autor de anteprojetos de lei, entre os quais:

- a) Alienação fiduciária de bens imóveis (Leis 9.514/1997, 10.931/2004 e 13.465/2017)
- b) Patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias (arts. 31A a 31F da Lei 4.591/1964, com a redação dada pelo art. 53 da Lei 10.931/2001), apresentado e debatido no Instituto dos Advogados Brasileiros
- c) Propostas de emendas ao novo CPC relativos ao processo de execução, apresentadas e debatidas no Instituto dos Advogados Brasileiros.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
-----------------	---

PARTE I

CAPÍTULO I – INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA — CARACTERIZAÇÃO GERAL.....	9
---	---

1.1. Incorporação: conceito e definição legal	9
1.1.1. Incorporação imobiliária para empreendimento hoteleiro ...	15
1.2. Incorporador: caracterização	18
1.3. A dinâmica da incorporação	23
1.4. Conclusão da obra. Constituição e instalação do condomínio	28
1.4.1. Fundamentação legal.....	29
1.4.2. Caracterização do condomínio especial por unidades autônomas	30
1.4.3. A instituição, o uso e a administração do condomínio especial	32
1.4.4. Locais para guarda de veículos.....	40
1.4.5. Condomínio de lotes de terreno urbano.....	42
1.4.6. Condomínios de uso misto	48
1.4.7. Multipropriedade (<i>time sharing</i>)	49

CAPÍTULO II – O MEMORIAL DE INCORPORAÇÃO	53
--	----

2.1. Caracterização e função do Memorial de Incorporação	53
2.2. Os documentos que integram o Memorial de Incorporação.....	56
2.2.1. Título de propriedade do terreno, ou de promessa, irrevogável e irretratável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta, do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado	59

2.2.2.	Certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais, de protesto de títulos, de ações cíveis e criminais e de ônus reais, relativamente ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador	61
2.2.3.	Histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 anos, acompanhado de certidão dos respectivos registros.....	63
2.2.4.	Projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes	64
2.2.5.	Cálculo das áreas da edificação, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando, para cada tipo de unidade, a respectiva metragem da área construída	64
2.2.6.	Certidão negativa de débito para com a Previdência Social, quando o titular do direito sobre o terreno for o responsável pela arrecadação das respectivas contribuições..	66
2.2.7.	Memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV do art. 53 da Lei nº 4.591	67
2.2.8.	Avaliação (orçamento) do custo global da obra, atualizada à data arquivamento, de acordo com a norma do inciso III do art. 53, com base nos custos unitários referidos no art. 54, discriminando-se, também, o custo de construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra	67
2.2.9.	Discriminação das frações ideais de terreno, com as unidades autônomas que a elas corresponderão.....	67
2.2.10.	Minuta da futura Convenção de Condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações	68
2.2.11.	Declaração em que se defina a parcela do preço de que trata o inciso II do art. 39.....	69
2.2.12.	Certidão do instrumento público de mandato, referido no § 1º do art. 31	70
2.2.13.	Declaração em que se fixe, se houver, o prazo de carência (art. 34)	70
2.2.14.	Atestado de idoneidade financeira, fornecido por estabelecimento de crédito que opere no país há mais de cinco anos.....	70
2.2.15.	Declaração, acompanhada de plantas elucidativas, sobre o número de veículos que a garagem comporta e os locais destinados à guarda dos mesmos.....	71
2.3.	Contrato-padrão	71

2.4. Prazo de carência	72
2.5. Termo de afetação	75

CAPÍTULO III – A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA COMO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO..... 76

3.1. Introdução	76
3.2. A estrutura da incorporação imobiliária e os riscos dos credores em face de eventual insolvência do incorporador	80
3.3. A teoria da afetação e sua aplicação no negócio da incorporação imobiliária.....	88
3.4. O anteprojeto de lei do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, os Projetos de Lei da Câmara dos Deputados, a Medida Provisória nº 2.221, de 4 de setembro de 2001, e o Projeto de Lei do Poder Executivo nº 3.065, de 4 de março de 2004.....	97
3.5. A estrutura normativa do regime da afetação das incorporações imobiliárias. Aspectos gerais	101
3.5.1. Art. 31-A – Caracterização da incorporação imobiliária como patrimônio de afetação	101
3.5.2. Art. 31-B – Forma e modo de constituição do patrimônio de afetação.....	106
3.5.3. Arts. 31-C e 31-D – Fiscalização e controle da incorporação. Obrigações do incorporador.....	112
3.5.3.1. Impenhorabilidade dos créditos oriundos das vendas e outras normas relacionadas à vinculação das receitas da incorporação (Lei nº 13.105/2015 – CPC/2015).....	116
3.5.4. Os efeitos da afetação das incorporações em face do sistema tributário. Aspectos fundamentais	118
3.5.4.1. O regime especial tributário aplicável em caráter opcional às incorporações imobiliárias sob regime de afetação. Arts. 1º a 11 da Lei nº 10.931/2004.....	122
3.5.5. A extinção do patrimônio de afetação	123
3.5.6. A afetação em face da recuperação judicial e da falência da empresa incorporadora. Nota introdutória.....	124
3.5.6.1. A afetação em face da recuperação judicial.....	129
3.5.6.2. Art. 31-F – Normas procedimentais aplicáveis em decorrência de decretação da falência da empresa incorporadora	136

PARTE II

CAPÍTULO IV – O CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	151
4.1. Caracterização geral	151
4.2. Natureza jurídica do contrato de incorporação imobiliária	160
4.3. Elementos do contrato	160
4.3.1. Objeto	161
4.3.2. Causa.....	162
4.3.3. Partes.....	163
4.3.3.1. Capacidade das partes	164
4.3.3.2. Legitimidade.....	164
4.3.4. Forma.....	165
CAPÍTULO V – A CONTRATAÇÃO DA VENDA DAS UNIDADES	168
5.1. Generalidades.....	168
5.2. Requisitos e condições do contrato de incorporação.....	171
5.3. Obrigações do incorporador	173
5.4. Direitos do incorporador.....	176
5.5. Obrigações dos adquirentes	177
5.6. Direitos dos adquirentes	177
5.7. Órgãos de representação dos adquirentes nas relações decorren- tes do contrato de incorporação	179
5.7.1. Assembleia geral dos contratantes	180
5.7.2. Comissão de Representantes	182
CAPÍTULO VI – ESPÉCIES DE CONTRATO MAIS FREQUENTES NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	187
6.1. Os contratos mais utilizados para comercialização das unidades imobiliárias: contrato de promessa de compra e venda, contrato de construção e contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária.....	187
6.1.1. Contrato de promessa de compra e venda da unidade como coisa futura.....	189
6.1.2. Contrato de promessa de compra e venda de fração ideal de terreno vinculado a contrato de construção.....	193
6.1.3. Contrato de construção: empreitada e administração	194

6.1.4.	Contrato de compra e venda a crédito com pacto adjecto de alienação fiduciária	199
6.1.4.1.	Natureza jurídica dos direitos do devedor-fiduciante e do credor-fiduciário	206
6.1.5.	A cobrança de juros durante a construção	208
6.1.6.	Obrigações de pagamento dos encargos tributários e de despesas de condomínio	218
6.2.	Outras modalidades de contrato aplicáveis na incorporação imobiliária.....	232
6.2.1.	Contrato de permuta	232
6.2.2.	Contrato de mútuo e contrato de financiamento.....	234
6.2.3.	Contrato de hipoteca	240
6.2.3.1.	As hipotecas constituídas na fase da construção em face dos adquirentes	241
6.2.4.	Contrato de cessão fiduciária de direitos creditórios oriundos de contrato de alienação de imóveis	245
6.2.5.	Contrato de caução de direitos creditórios oriundos de alienação de imóveis	248
6.2.6.	Contrato de caução de direitos aquisitivos relativos a imóveis.....	249
6.2.7.	Contrato de seguro de garantia das obrigações do incorporador e construtor.....	250
6.2.8.	Contrato de seguro de responsabilidade civil do construtor	252
6.2.9.	Seguro de morte e invalidez permanente do adquirente ...	254
6.2.10.	Seguro de danos físicos no imóvel	254
6.2.11.	Seguro de crédito.....	255
6.2.12.	Contrato de corretagem	256
6.3.	Aspectos processuais peculiares: pagamento da parcela incontroversa – Lei nº 10.931/2004 e CPC/2015.....	258

CAPÍTULO VII – PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DE FINANCIAMENTO E DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS.....

7.1.	Sistemas de financiamento: Sistema Financeiro da Habitação – SFH e Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI	268
7.2.	Cédula Hipotecária.....	273
7.3.	Cédula de Crédito Imobiliário	275

7.4. Letras Hipotecárias – LH, Letras de Crédito Imobiliário – LCI e Letras Imobiliárias Garantidas – LIG.....	278
7.5. Securitização de créditos imobiliários	279
7.6. Fundos de investimento imobiliário	284

CAPÍTULO VIII – O REGISTRO DO CONTRATO NO REGISTRO DE IMÓVEIS..... 286

8.1. O sistema do Registro de Imóveis – características fundamentais.....	286
8.2. Princípios e fundamentos legais	288
8.3. Inoponibilidade dos atos não inscritos	293
8.3.1. O art. 54 da Lei nº 13.097/2015	297
8.3.2. O art. 55 da Lei nº 13.097/2015	299
8.3.3. O art. 59 da Lei nº 13.097/2015	303
8.3.4. A inoponibilidade definida pela Lei nº 13.097/2015 ante as normas sobre fraude à execução do CPC/2015.....	303
8.4. Registro especial de garantias sobre ativos financeiros e valores mobiliários.....	306

PARTE III

CAPÍTULO IX – O SISTEMA DE PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE..... 311

9.1. Nota introdutória.....	311
9.2. A noção clássica do contrato e sua metamorfose.....	312
9.2.1. Os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio do contrato.....	315
9.2.2. Precedentes do direito positivo brasileiro.....	318
9.2.3. As cláusulas gerais.....	319
9.2.4. Conclusão.....	322
9.3. O sistema de proteção do adquirente no regime das incorporações imobiliárias. A Lei nº 4.591/1964.....	323
9.4. O contrato de incorporação sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor – CDC.....	328
9.4.1. Fundamentos e pressupostos do CDC	328
9.4.2. O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do CDC.....	332

9.4.3. O contrato de incorporação imobiliária no contexto das cláusulas gerais enunciadas no CDC e no Código Civil	334
9.4.4. Peculiaridades do contrato de incorporação	338
9.4.4.1. A posição dos tribunais superiores sobre a coexistência do CDC com as leis especiais	341
9.4.4.2. O desfazimento imotivado do contrato de incorporação	343
9.4.4.3. Desfazimento do contrato por impossibilidade de adimplemento das obrigações do promitente comprador.....	349
9.5. Conclusão	359

PARTE IV

CAPÍTULO X - A EXTINÇÃO DO CONTRATO	365
10.1. Execução voluntária do contrato	365
10.2. Resilição bilateral (distrato).....	366
10.3. Resilição unilateral	367
10.4. Resolução do contrato por inadimplemento de obrigação do incorporador	368
10.4.1. Resolução da permuta ou da promessa de venda entre o proprietário do terreno e o incorporador. Efeitos em relação aos adquirentes das unidades em construção	371
10.5. Resolução do contrato por inadimplemento da obrigação do adquirente	379
10.5.1. Resolução da promessa de compra e venda	380
10.5.2. Ação de execução do crédito correspondente ao preço da promessa de venda.....	389
10.6. A venda da unidade imobiliária mediante leilão extrajudicial (Lei nº 4.591/1964, art. 63; Decreto-lei nº 70/1966, arts. 29 a 41; Lei nº 9.514/1997, art. 27)	391
10.6.1. O procedimento do art. 63 da Lei nº 4.591/1964.....	391
10.6.2. A venda extrajudicial regulada pelos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70/1966.....	399
10.6.3. Os procedimentos do art. 27 da Lei nº 9.514/1997.....	404
10.6.3.1. Jurisprudência sobre purgação da mora após consolidação da propriedade.....	410

10.6.4. A extinção do contrato de promessa de venda e a do contrato de alienação fiduciária em garantia. Distinções fundamentais	415
10.7. Os leilões extrajudiciais em face da garantia constitucional do direito de ação. Pressupostos	421
10.7.1. O questionamento da constitucionalidade (doutrina)	422
10.7.2. O questionamento da constitucionalidade (jurisprudência).....	425
10.7.3. A efetividade da garantia constitucional. Meios de defesa do devedor	431
10.7.4. O leilão extrajudicial em face do CDC.....	436
10.7.5. O leilão extrajudicial no contrato de alienação fiduciária	438
10.7.6. Conclusão.....	443
10.8. Perdas e danos por inadimplemento contratual. Restituição de quantias pagas pelo adquirente.....	445

PARTE V

CAPÍTULO XI – RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSTRUTOR E DO INCORPORADOR.....	459
11.1. Fundamento legal	459
11.2. Principais deveres e obrigações do incorporador.....	463
11.2.1. Retardamento injustificado na entrega da obra	465
11.2.2. Inadimplemento absoluto da obrigação do incorporador	472
11.3. Conceito de segurança e solidez	472
11.4. Prazo de garantia e prazo de prescrição.....	474
11.5. Exclusão da responsabilidade.....	476

PARTE VI

CAPÍTULO XII – INFRAÇÕES PENAIS.....	479
12.1. Proteção da economia popular	479
12.2. Crimes contra a economia popular	479
12.3. Contravenções contra a economia popular.....	480
BIBLIOGRAFIA.....	483
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....	489

INTRODUÇÃO

“Um livro nasce como uma árvore, porque o vento leva a semente para a terra. Porém, antes de a semente se converter numa árvore, muito tempo passa.”¹

Incorporação imobiliária é atividade empresarial que visa a produção e a comercialização de unidades imobiliárias em edificações coletivas. Essa atividade é regulada pelas Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 (arts. 28 a 67), nº 4.864, de 29 de novembro de 1965, e nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que acrescentou à Lei nº 4.591/1964 os arts. 31-A a 31-F e deu nova redação a outros dispositivos dessa lei. As disposições da Lei nº 4.591/1964. As normas promulgadas na década de 1960 vieram preencher importante lacuna no direito brasileiro, no que tange à propriedade horizontal, substituindo a singela legislação até então vigente; além disso, trouxeram como grande inovação o disciplinamento da atividade empresarial da incorporação, atendendo as necessidades sociais e econômicas ditas pelo acelerado processo de urbanização ocorrido no país a partir da década de 1930.²

Como é sabido, a atividade de produção de conjuntos de unidades imobiliárias começou a estruturar-se a partir da Revolução Industrial, em razão da concentração da população nos grandes centros urbanos. Por causa dessa concentração, a solução para a demanda habitacional e de instalações profissionais e comerciais passou a ser a construção de unidades imobiliárias em planos

¹ Francesco Carnelutti.

² Anteriormente à lei de 1964, o direito positivo brasileiro era omissivo quanto à atividade empresarial de produção e comercialização de imóveis integrantes de edificações coletivas, existindo apenas legislação relativa à alienação parcial de edifícios de dois ou mais pavimentos e à ocupação desses edifícios, matérias que eram tratadas pelo Decreto-lei nº 5.481, de 25 de junho de 1928, com alterações do Decreto-lei nº 5.234, de 1943, e da Lei nº 285, de 1948.

horizontais, substituindo-se a construção de uma única unidade imobiliária em um lote de terreno pela superposição de unidades, em edifícios de mais de um pavimento, seja para aproveitamento mais racional da terra, seja para viabilizar a produção em escala, atendendo, enfim, a necessidade de ocupação concentrada dos espaços urbanos.

No Brasil, a demanda por imóveis nos grandes centros urbanos intensificou-se a partir da década de 1930, e nessa ocasião as regras existentes limitavam-se a disciplinar a alienação e a utilização dos edifícios já construídos, silenciando a respeito da atividade produtiva, bem como sobre a venda de edificações coletivas em construção. Dada a inexistência de disciplina legal, no período imediatamente anterior à promulgação da Lei nº 4.591/1964, as pessoas que se dedicavam à atividade da construção e venda dessas edificações atuavam livres de quaisquer limitações legais e realizavam seus negócios sem riscos, *nadando livremente neste mar sem controle*³. Era comum o “incorporador” lançar unidades à venda, fazer a intermediação entre uma construtora e os candidatos à aquisição, para que esses assinassem um contrato de construção; depois disso, esse “incorporador” abandonava a construtora e os adquirentes, deixando-os à deriva, num mar de inflação que poderia provocar a paralisação indefinida das obras. Ainda hoje, no limiar do terceiro milênio, ainda se vê em algumas grandes cidades um ou outro “esqueleto” de edifício cuja construção iniciara-se antes da promulgação da Lei nº 4.591/1964. Naquela modalidade de negócio, o “incorporador”, embora fosse o organizador do negócio, nem sempre se apresentava como parte integrante dos contratos ou de quaisquer outros atos negociais, pois limitava-se a localizar um terreno adequado para construção, contatar seu proprietário, reunir pessoas interessadas, promover a contratação da aquisição de frações ideais do terreno, vinculando essas pessoas e o proprietário do terreno, bem como promover a contratação da construção com uma empresa construtora⁴. Nessas circunstâncias, o “incorporador”, embora tenha articulado toda a operação, não figurava como parte em nenhum contrato, não sendo obrigatoriamente identificado e, portanto,

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*, Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., 1976, p. 251.

⁴ O registro feito por Caio Mário da Silva Pereira é ilustrativo: “O mau incorporador, irresponsável e inconsequente, tratou de imprimir ao empreendimento feição propícia e cogitou, então, de ‘armar as incorporações’, expressão com que designava as operações iniciais de imaginar e projetar a edificação, anunciar a venda com farta publicidade, colocar as unidades, contratando a construção não em seu próprio nome, porém no dos adquirentes, e saindo às pressas, antes que a espiral inflacionária se agravasse, encurtando os recursos e suscitando os desentendimentos. Enquanto isso, o incorporador honesto, com seu nome respeitado, cada vez maiores dificuldades defrontava, obrigado a vender sem reajustamento...” (ob. e p. cit.).

em muitos casos dificilmente poderia ser responsabilizado pela incorporação que articulou.

A Lei nº 4.591/1964 veio pôr fim a essa desordem e, nesse sentido, contempla ampla disciplina da atividade de incorporação e fixa com clareza as responsabilidades do incorporador. O anteprojeto original, do Professor Caio Mário da Silva Pereira, foi formulado em termos aptos a equacionar por completo a atividade e a estruturação do contrato, privilegiando a boa-fé e o equilíbrio das relações obrigacionais, com importantes mecanismos de segurança para o negócio e, consequentemente, para os adquirentes.⁵

Essa estrutura básica, que foi conservada no texto legal, oferecendo à sociedade valioso instrumento de desenvolvimento social e econômico, merece ser integralmente mantida.

Aspecto de particular relevância é o sistema de proteção do adquirente introduzido pela Lei das Incorporações. Esse sistema é precursor do sistema de proteção e defesa do consumidor, contido no Código de Defesa do Consumidor – CDC, pois, trinta anos antes da formulação do CDC, a Lei nº 4.591/1964 já positivava no direito brasileiro um sistema de proteção do adquirente de imóveis em construção e fixava a responsabilidade do incorporador e demais profissionais envolvidos no negócio estruturado nos mesmos princípios que vieram a orientar o referido Código, isto é, os princípios da boa-fé, no seu sentido objetivo, e da função social do contrato, com eficazes mecanismos de compensação da vulnerabilidade da posição contratual do adquirente.

É certo que, ao longo de quase quatro décadas de vigência, novas perspectivas foram se abrindo no negócio de incorporação e outros problemas surgiram, a reclamar algumas adaptações na Lei das Incorporações. Essas novas perspectivas, entretanto, podem ser equacionadas mediante adaptação dentro da própria estrutura da Lei das Incorporações vigente ou mediante normas suplementares.

Registre-se, por relevante, que o próprio Professor Caio Mário da Silva Pereira, no anteprojeto que veio a ser convertido na lei de 1964, já propusera a criação de órgão encarregado de fiscalizar a atividade de incorporação, “que acompanhasse a sua execução e velasse pelo cumprimento dos encargos”, visando a efetividade da proteção do adquirente, algo como um *Conselho dos Incorporadores*, à semelhança dos Conselhos Regionais de Engenharia e Arquitetura. Entretanto, como registra o Professor, “parece que na tramitação legislativa faltou

⁵ O anteprojeto foi apresentado pelo Professor Caio Mário da Silva Pereira no I Congresso Nacional de Direito, realizado em Fortaleza, Ceará, em 1959, e consta do seu livro *Propriedade horizontal* (Rio de Janeiro: Forense, 1960).

quem tivesse conhecimento especializado da matéria para imprimir sistema a este ponto tão importante.”⁶

A prática acabou confirmando a antevisão do Professor, mostrando que a falta desses mecanismos deixava sem proteção os direitos patrimoniais de todos quantos contribuem para a realização da obra, sobretudo os adquirentes. O meio mais eficaz para suprir tal lacuna é a segregação do acervo de cada incorporação, de modo que, a partir do orçamento próprio de cada obra, se assegure que os direitos e as obrigações relativas a determinada incorporação constituam um acervo incomunicável, vedado o desvio de recursos de um empreendimento para outro. Em caso de falência da empresa incorporadora, cada grupo de adquirentes poderá prosseguir a obra com os recursos do seu próprio orçamento, sem risco de contaminação por dívidas vinculadas a outras incorporações.

Na linha dessa concepção, formulamos anteprojeto de lei que, aprovado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, nos termos da Indicação nº 220/1999,⁷ foi divulgada e convertida em quatro Projetos de Lei da Câmara dos Deputados – PLs nº 2.109/1999, 3.455/2000, 3.751/2000 e 1.150/2003 –, tendo sido amplamente debatida, sobretudo no Ministério da Fazenda, na Secretaria de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República, no Banco Central do Brasil e na Secretaria da Receita Federal, com a participação de estudiosos e de representantes dos setores envolvidos, especialmente da Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP, dos Sindicatos das Empresas de Compra e Venda de Imóveis – SECOVI, da Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC, das Associações de Dirigentes do Mercado Imobiliário – ADEMI, entre outros.

A proposição foi convertida na Medida Provisória nº 2.221, de 4 de setembro de 2001, mas com alguns “enxertos” que subvertem o fundamento axiológico da norma, pois, embora estabelecesse a incomunicabilidade do acervo da incorporação, dispondo que os adquirentes só responderiam pelas dívidas e obrigações a ele vinculadas, a Medida Provisória acabava se contradizendo, ao imputar aos adquirentes a obrigação de pagar todas as dívidas fiscais, previdenciárias e trabalhistas do incorporador, inclusive as dívidas pessoais relativas ao imposto de renda da empresa incorporadora. Tais disposições eram inconstitucionais, por violação do princípio da isonomia (Constituição Federal, arts. 5º e 150). Por essas e outras impropriedades, essa Medida Provisória foi objeto de Emendas no Congresso Nacional, visando resgatar a coerência lógica do texto sugerido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, pois as normas de interesse do Fisco

⁶ *Incorporações e condomínio*, cit., p. 257.

⁷ O anteprojeto integra nosso trabalho *Propriedade imobiliária – função social e outros aspectos*, editado pela Livraria e Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

acrescentadas ao projeto original agravava a posição de desvantagem econômica dos adquirentes, ao invés de compensá-la. Sensível à gravidade do problema, o Poder Executivo acolheu as emendas apresentadas à MP nº 2.221/2001 e formulou o novo Projeto de Lei nº 3.065/2004 revigorando a ideia original, exceto pela não compulsoriedade da afetação, Projeto esse que, com novas emendas, que respeitaram os direitos dos adquirentes, veio a ser convertido na Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004 (art. 53), objeto de comentário nesta obra.

O presente trabalho é fruto das lições colhidas pelo autor na atuação profissional por mais de três décadas, e esse longo processo de maturação exprime na prática a observação de Cernelutti, de que embora um livro cresça como uma árvore, o certo é que “antes de a semente se converter numa árvore, muito tempo passa.” Sua realização deve muitíssimo aos colóquios proporcionados pelo convívio com professores e profissionais cujas lições, sugestões e críticas ao texto original foram fundamentais para fixação de bases teóricas e para acerto de rumo. Ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, *in memoriam*, agradeço o privilégio da convivência, que a todo momento me orientou para a vida e para o direito. A ele dedico este trabalho, expressando o reconhecimento pela genialidade de toda a sua obra, na qual me permito destacar a concepção do regime jurídico das incorporações, que permanece ajustado à atual demanda de proteção do adquirente, coerente com os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato que vieram a ser consagrados no Código Civil de 2002. É indispensável registrar meus agradecimentos àqueles que também de perto contribuíram para este trabalho, e são eles o Professor Luiz Roldão de Freitas Gomes e os advogados José Soares Arruda, João Nascimento Franco, Edvyr Stefá Venâncio (*in memoriam*), Michel Salim Saad, Renato Garcia Justo, Cid Heráclito de Queiroz, Carlos Eduardo Duarte Fleury, José Antônio Cetraro, João Raymundo Cysneiros Vianna, Roberto Couto, Sérgio Jacomino e José Sílvia de Lana Marques, além da valiosa colaboração da bibliotecária Maria de Lurdes de Brito.

Na formulação do trabalho procurei delinear em termos sistemáticos a dinâmica do contrato de incorporação, desde sua gênese até sua extinção, alinhando elementos que facilitem sua interpretação, seu conteúdo econômico, sua estrutura, natureza jurídica, formação, execução, seus efeitos e sua extinção; são também considerados os contratos, em espécie, que se aplicam a esse negócio jurídico, como a promessa de venda, o financiamento e o mútuo, a alienação fiduciária, a cessão fiduciária, entre outros. Procurei destacar alguns aspectos do atual estágio do processo evolutivo da teoria do contrato, destacando elementos que constituem o sistema de proteção do adquirente, presentes não só nas disposições legais em geral relativas à função social do contrato, como é o caso do Código Civil de 2002, mas, sobretudo, no regime jurídico instituído pela Lei das Incorporações.

Buscando a clareza, procurei escrever com simplicidade. Ciente, embora, pela lição de Vicente Ráo, de que “a clareza tem o defeito de fazer parecer

superficial”, mesmo assim, “não inferi desse aviso a conveniência de ser obscuro para parecer mais profundo.” O que espero é que o trabalho possa contribuir para a adequada interpretação do contrato de incorporação, de inegável importância na vida contemporânea.

PARTE I

CAPÍTULO I

Incorporação Imobiliária — Caracterização Geral

.....

CAPÍTULO II

O Memorial de Incorporação

.....

CAPÍTULO III

A Incorporação Imobiliária como Patrimônio de Afetação

.....

Capítulo I

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA — CARACTERIZAÇÃO GERAL

1.1. INCORPORAÇÃO: CONCEITO E DEFINIÇÃO LEGAL

Em sentido geral, incorporação significa *inclusão, união, introdução ou ligação* de uma coisa no corpo de outra, a que ficará pertencendo, ou *agregiação, congregação, agrupamento* promovido entre pessoas para a formação de um só corpo (do latim, *incorporatio*, de *incorporare*: dar corpo, juntar, unir)⁸. Pode dizer respeito à inclusão de uma pessoa numa entidade, ou à reunião de pessoas para formar uma pessoa jurídica, à absorção de uma ou mais sociedades por outra, que ocorre com mais frequência no campo do direito empresarial.⁹

No plano do direito civil aplicável aos imóveis, é o caso da *acessão agregada ao solo*, passando ambos a constituir uma só coisa, exceto em relação ao direito de superfície, pelo qual são constituídos direitos de propriedade separados sobre o solo e sobre a construção (ou plantação).

No campo dos negócios imobiliários, a expressão *incorporação imobiliária* tem o significado de mobilizar fatores de produção para construir e vender, durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, envolvendo a arregimentação de pessoas e a articulação de uma série de medidas no sentido de levar a cabo a construção até sua conclusão, com a individualização e discriminação das unidades imobiliárias no Registro de Imóveis.

A atividade de incorporação imobiliária vem conceituada no parágrafo único do art. 28 da Lei nº 4.591/1964¹⁰, pelo qual “considera-se incorporação

⁸ DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro Forense, 1963.

⁹ Lei 6.404/1976: “Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”.

¹⁰ A partir daqui, sempre que mencionarmos dispositivo legal sem indicação do respectivo diploma estaremos nos referindo à Lei nº 4.591/1964.

imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas.”

Os contornos da atividade de incorporação continuam a ser fixados no art. 29 e seu parágrafo único, que qualifica como incorporador “a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromissse ou efetive a venda de frações ideais de terreno (...) ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação...”¹¹

A partir desse conceito básico, segue a lei delineando os demais aspectos desse negócio, estabelecendo as condições em que deve ser desenvolvida a atividade e fixando as responsabilidades civis e penais a que está sujeito o incorporador.

O texto legal fornece elementos para a caracterização da atividade de incorporação, permitindo conceituá-la como a atividade de coordenação e consecução de empreendimento imobiliário, compreendendo a alienação de unidades imobiliárias em construção e sua entrega aos adquirentes, depois de concluídas, com a adequada regularização no Registro de Imóveis competente (art. 44).

Traço característico dessa atividade é a “venda antecipada de apartamentos de um edifício a construir”, que, do ponto de vista econômico e financeiro, constitui o meio pelo qual o incorporador promove a captação dos recursos necessários à consecução da incorporação; a captação de recursos, observam Orlando Gomes e Maria Helena Diniz, é a operação que “consiste em obter o capital necessário à construção do edifício, mediante venda, por antecipação, dos apartamentos de que se constituirá.”¹²

A atividade de construção está presente no negócio jurídico da incorporação, mas incorporação e construção não se confundem, nem são noções equivalentes.

¹¹ “Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromissse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceita propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas. Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador.”

¹² GOMES, Orlando. *Direitos reais*, Rio de Janeiro: Forense, 1962, 2. ed., p. 305; e DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, São Paulo: Saraiva, 1996, 11. ed., p. 493.

A atividade da construção só integrará o conceito de incorporação se estiver articulada com a alienação de frações ideais do terreno e acessões que a elas haverão de se vincular; mas, independente disso, a atividade de incorporação pode, alternativamente, ser representada somente pela alienação de frações ideais objetivando sua vinculação a futuras unidades imobiliárias. Obviamente, a incorporação compreende a construção, mas não é necessário que a atividade da construção seja exercida pelo próprio incorporador, pois este pode atribuir a outrem a construção.¹³

O processo de construção de edifício destinado à instalação de *shopping center*, em princípio, não se caracteriza como incorporação imobiliária, porque, em regra, o empreendedor do *shopping* não constrói com intenção de vender as unidades; antes, esse empreendedor quer conservar a totalidade da propriedade para si, para explorar o negócio mediante locação de lojas e de outros espaços do edifício. Se, entretanto, o empreendedor necessitar captar recursos para executar a construção e, para esse fim, efetivar a venda de uma ou mais unidades (eventualmente para futura instalação de *loja âncora*), mediante oferta pública no curso da construção, nesse caso estará caracterizada a incorporação, devendo o empreendimento do *shopping* ser objeto de arquivamento do Memorial de Incorporação.

Qualquer que seja a roupagem de que se revista, a incorporação tem como elemento central a figura de um incorporador, que é o formulador da ideia da edificação, o planejador do negócio, o responsável pela mobilização dos recursos necessários à produção e comercialização de unidades imobiliárias integrantes de edificações coletivas, bem como pela sua regularização no Registro de Imóveis, depois de prontas.

O incorporador pode exercer uma ou todas as funções relacionadas à atividade, como são os casos da atividade de construção e de corretagem, mas para que fique caracterizada sua função de incorporador basta que, antes da conclusão da construção, efetive a venda de frações ideais de terreno vinculadas a futuras unidades imobiliárias que integrarão um conjunto dessas unidades, em edificação coletiva.

A atividade da incorporação tem natureza empresarial, pois a finalidade de lucro é da sua essência, pouco importando seja o incorporador pessoa física ou jurídica.

¹³ A definição de Arnaldo Wald deixa clara essa circunstância: “Chama-se incorporação imobiliária, incorporação edilícia ou simplesmente incorporação, o contrato pelo qual uma parte (o incorporador) *obriga-se a fazer construir* um edifício composto de unidades autônomas, alienando-as a outras partes (os adquirentes), em regime de condomínio, com as frações ideais do terreno” (*Obrigações e contratos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 14. ed., 2000, p. 431).

A finalidade lucrativa é, obviamente, a contrapartida dos riscos que o incorporador assume, em razão de sua iniciativa e das ações que empreende até a consecução do negócio, com a averbação da edificação no Registro de Imóveis. Sem essa caracterização, em que ressalta a índole empresarial da atividade de incorporar, um empreendimento imobiliário não poderá ser qualificado como *incorporação*, pois, repita-se, o traço característico da incorporação é a mercancia.

Aquele que constrói ou promove a construção na qualidade de incorporador é empresa ou empresário, pois “a incorporação de edifício é uma atividade mercantil por natureza e o incorporador constitui uma empresa comercial imobiliária”¹⁴; resulta claro, assim, que aquele que constrói para uso próprio, assim como um grupo de pessoas que constrói para uso próprio, não tendo finalidade empresarial, não é incorporador, não se caracterizando como incorporação, portanto, a construção de edifícios que não se realize com essa finalidade empresarial.¹⁵

Uma incorporação poderá ser desdobrada em várias incorporações, nos casos de projeto que preveja a construção de mais de um edifício, como faculta o art. 6º da Lei nº 4.864/1965, segundo o qual, em relação a projetos de duas ou mais edificações, “poder-se-á promover o desdobramento da incorporação em várias incorporações, fixando a convenção de condomínio ou contrato prévio, quando a incorporação ainda estiver subordinada a períodos de carência, os direitos e as relações de propriedade entre condôminos de várias edificações”.

Essa faculdade atende à necessidade de realização de empreendimentos de grande porte, reconhecida a dificuldade prática de se executar simultaneamente todos os blocos das unidades autônomas, sobretudo porque nem sempre é possível levantar, a um só tempo, o capital necessário para construir todo o conjunto imobiliário, assim como nem sempre o mercado absorve de uma só vez a quantidade de unidades imobiliárias dele integrantes. Além disso, o desdobramento permite, depois de concluída a incorporação, racionalizar a fruição da coisa comum, seja mediante regulamentação do acesso dos condôminos a partes e serviços comuns aos diversos blocos, seja mediante limitação do acesso e do uso de outras partes aos condôminos de determinados blocos, ou, ainda, mediante segregação da administração por blocos, de modo a atender aos interesses individuais em harmonia com o interesse do conjunto dos condôminos.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. ob. cit., p. 241. No mesmo sentido, DINIZ, Maria Helena ob. cit., p. 493. Orlando Gomes, *Direitos reais*, cit., p. 306. Melhim Chalhub, *Propriedade imobiliária – função social e outros aspectos*, Renovar, Rio, 2000, p. 76-79. BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1998, p. 201.

¹⁵ Ver nosso artigo Memorial de Incorporação – notas sobre a inexistência de seu arquivamento nas hipóteses que não configurarem atividade empresarial, *Revista de Direito Imobiliário*, ed. RT, nº 13, janeiro/junho/1984, pp. 37/46.

Assim, para fins de racionalização da administração e de mais clara definição do uso dos diversos conjuntos, é possível formarem-se condomínios secundários dentro do condomínio geral.

A norma atende à demanda por conjuntos imobiliários de uso misto, em um único terreno, compostos por setores destinados a distintas finalidades, mas interligados, tais como residências, escritórios, *shopping centers*, hotéis e estacionamento para automóveis do público usuário dos serviços instalados nesses conjuntos, a que na prática têm sido atribuídas denominações tais como “condomínio multiuso” “complexo multiuso” e “supercondomínio”.

A concepção e o registro do memorial de incorporação e das obras dos diversos setores, por fases, e não simultaneamente, com a consequente expedição de “habite-se” parcial, são situações que, por não estarem alinhadas ao padrão usual, caracterizado pela implantação de um só conjunto imobiliário em um terreno, exigem do intérprete atenção especial visando projetar o conceito enunciado no art. 6º da Lei nº 4.864/1965 à realidade da concepção dos chamados “condomínios multiuso”, de modo a torná-lo útil às necessidades da sociedade contemporânea.

A hipótese é de exploração gradual do potencial de construção de um terreno de grande dimensão, que comporta muitos conjuntos imobiliários, inclusive com distintas destinações, cuja implantação, em geral, é feita escalonadamente, em conformidade com sua assimilação pelo mercado. Ainda em atenção à receptividade pelo mercado, a concepção original pode reclamar adaptações de que resulte, inclusive, alteração de frações ideais do terreno, e essa é uma situação que exige a definição de critério específico, com expressa estipulação no memorial e nos contratos de alienação, de modo que, respeitando embora o direito individual de cada adquirente e do conjunto de adquirentes de cada setor, se assegure ao incorporador adequar a realização dos conjuntos a serem edificadas nas fases subsequentes à luz de fatores que vierem a ser definidos nos instrumentos relacionados à incorporação.

Na medida em que qualifica a situação como “desdobramento de uma incorporação em várias incorporações”, o art. 6º da Lei nº 4.864/1965 admite o desenvolvimento de atividades autônomas de incorporações dentro de uma incorporação, relativas à produção sucessiva de diversos conjuntos ou setores, no contexto de uma mesma incorporação, ressalvado, naturalmente, que essa autonomia é relativa, pois cada incorporação constitui “desdobramento de uma incorporação”, da qual é elemento integrante.

Assim, não se desmembra o terreno para implantação dos diversos conjuntos em terrenos autônomos, mas promove-se sua discriminação em frações ideais, em correspondência às unidades que integrarão todos os diversos conjuntos dos diversos setores, atribuindo-se uma fração do todo a cada setor e subdividindo-a pelas unidades do conjunto imobiliário correspondente a este; caso haja necessidade de alterar a conformação do conjunto desse setor e/ou o número das

suas unidades, recalculam-se as frações das unidades em relação à fração desse mesmo setor, sem que isso importe em alteração das frações dos demais setores e, portanto, sem interferir nos direitos de propriedade dos demais condôminos.

Dada a multiplicidade de conformações possíveis para a concepção dessa espécie de empreendimento e as vicissitudes a que estão sujeitos, não se pode estabelecer critério único de fracionamento e de desenvolvimento da incorporação para implantação de “condomínio multiuso”; antes, atribui-se configuração própria a cada incorporação desdobrada em diversas incorporações com base em critério específico, definido em conformidade com as singularidades de cada empreendimento e de cada negócio, e é com base nesse pressuposto que o art. 6º da Lei nº 4.864/1965 prevê a criação de direitos e relações de propriedade peculiares, articulando-os em relação aos condôminos de várias edificações.

Ao referir-se à subordinação das incorporações a “períodos de carência”, a lei parte do pressuposto de que o desdobramento comporta um prazo de carência para cada uma das diversas incorporações. A razão é intuitiva, pois, dado o planejamento de diversos setores a serem implantados em área de grande dimensão, não se executam as incorporações de todos os setores simultaneamente, mas, sim, sucessivamente. Assim, a lei permite a fixação de um prazo de carência para a incorporação de cada setor, e, considerada a dinâmica peculiar dessa complexa operação, é de se admitir que o termo inicial do prazo de carência de cada setor seja fixado em função do término de outros setores, de modo que se viabilize a realização escalonada do complexo multiuso.

Em decorrência da configuração dessa atividade empresarial de produzir e vender unidades imobiliárias em edificações coletivas, a incorporação imobiliária tem também a função de constituir novos direitos de propriedade originados do fracionamento do terreno e de construção das diversas unidades imobiliárias que comporão a futura edificação. E, nesse sentido, a lei prevê a formação de um dossiê, a que denominou “memorial de incorporação”, contendo os elementos necessários para a identificação dessas novas propriedades, cuja produção resultará da realização da incorporação imobiliária.

Com efeito, o documento no qual se fundamentam todos os atos empresariais e civis da incorporação é o memorial de incorporação, que, por força do art. 32, é composto por documentos que cumprem função de organização do negócio, além de outros documentos que, além de exercer essa função, cumprem também a finalidade de definir e identificar a futura propriedade que será constituída sob o regime especial da Lei nº 4.591/1964, descrevendo e delimitando o conjunto da edificação e também descrevendo e caracterizando cada uma das frações ideais e das futuras unidades imobiliárias autônomas que a ela haverão de se vincular. É o caso, por exemplo, do “quadro de áreas”, que converte a expressão gráfica das plantas do projeto em expressão numérica das diversas áreas que compõem a edificação, discriminando cada uma delas, destacando aquelas

de uso comum e aquelas de uso exclusivo de cada futuro coproprietário e, assim, fixando a caracterização a ser enunciada na matrícula que cada unidade terá no registro de imóveis.

1.1.1. Incorporação imobiliária para empreendimento hoteleiro

A Lei nº 11.771/2008 dispõe sobre a política nacional de turismo e entre os meios de hospedagem que qualifica estão figuras como “condomínio hoteleiro, flat, flat-hotel (...), apart-service condominial, condhotel e similares”; para seu cadastramento no Ministério do Turismo, exige-se a apresentação, entre outros documentos, de “convenção de condomínio ou memorial de incorporação ou, ainda, instrumento de instituição condominial, com previsão de prestação de serviços hoteleiros aos seus usuários, condôminos ou não, com oferta de alojamento temporário para hóspedes mediante contrato de hospedagem no sistema associativo, também conhecido como pool de locação” (art. 24, II, “a”).

Por envolverem a venda, durante a construção, de partes de condomínio geral ou de unidades autônomas de condomínio edilício e, ainda, a contratação de participação nos resultados dos meios de hospedagem a serem futuramente instalados, o negócio se submete também, e simultaneamente, às normas sobre a incorporação imobiliária, de que trata a Lei nº 4.591/1964, e aos requisitos dos contratos de investimento coletivo (CIC) de que trata o inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/1976.¹⁶

Articulam-se, assim, duas formas jurídicas para a oferta pública. A primeira correspondente à habilitação do incorporador, mediante registro do Memorial de Incorporação de que trata a Lei nº 4.591/1964, para venda das unidades ou das partes do condomínio geral, e a segunda correspondente à habilitação do empreendedor para oferta dos CIC, nos termos da Lei nº 6.385/1976.

Os meios de hospedagem previstos na Lei nº 11.771/2008 comportam distintas formas de atribuição da propriedade da edificação onde serão prestados os serviços de hotelaria: se se tratar de condomínio edilício, o imóvel é desdobrado em tantas matrículas quantas sejam as unidades autônomas, e estas, em regra, são atribuídas a distintos titulares; ou, caso se trate de condomínio geral, o imóvel será objeto de uma única matrícula e a propriedade da totalidade da edificação é dividida em quinhões passíveis de serem atribuídos a distintos proprietários.

¹⁶ Lei nº 6.385/1976: “Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: (...); IX – quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros”.

O negócio se desenvolve basicamente em dois estágios: o primeiro correspondente à produção imobiliária, à venda das unidades e à celebração dos contratos de investimento coletivo; e o segundo correspondente à prestação dos serviços de hospedagem e sua administração, nos termos definidos pela Lei nº 11.771/2008.

Em relação ao regime da incorporação imobiliária, os documentos caracterizadores do empreendimento integrarão o Memorial de Incorporação, que, após arquivado no Registro de Imóveis, habilita o empreendedor a negociar a futura edificação.

Apesar de a operação ter como suporte estrutural os elementos que conformam a incorporação imobiliária, a essência do negócio é a participação dos adquirentes nos resultados do empreendimento, impondo que sejam observados os requisitos de oferta pública de valores mobiliários vinculados à captação de recursos para edificação do empreendimento imobiliário e à exploração dos meios de hospedagem, nos termos das Leis nºs 6.385/1976 e 11.771/2008.

Assim, considerando que a aquisição dos imóveis não se destina à fruição pelos próprios adquirentes, mas sua função econômica é a participação dos adquirentes nos resultados da exploração econômica do empreendimento hoteleiro, a operação deve observar também as normas da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) destinadas a propiciar adequada informação e proteção do investidor.

Em razão da configuração assim delineada, a divulgação da oferta compreende os elementos do Memorial de Incorporação e, ainda, informações constantes no prospecto de que tratam as normas do CVM, correspondentes às características da futura exploração comercial do empreendimento, que devem esclarecer, entre outros aspectos, a possibilidade de os investidores obterem lucro ou apurarem prejuízo em decorrência de eventual insucesso.

Entre os aspectos a serem divulgados no prospecto avultam informações sobre viabilidade econômica que apresentem as perspectivas de rentabilidade; gestão da atividade hoteleira e dos interesses do condomínio, compreendendo as normas de prestação de contas; resumo das cláusulas dos futuros contratos a serem celebrados entre os ofertantes e os investidores e entre estes e as demais contrapartes no conjunto de contratos; remuneração dos investidores e da administradora do empreendimento hoteleiro e dos demais participantes do empreendimento; e fatores de risco do negócio, como acima referido.¹⁷

¹⁷ A Deliberação CVM nº 734, de 17 de março de 2015, dispõe sobre os requisitos estabelecidos nas normas para oferta pública de contratos de investimento coletivo, indicando as condições de dispensa de determinados requisitos para registro naquele Órgão. Entre as informações que devem constar do prospecto, o item VI do Anexo II dessa Deliberação enumera: "(a) a possibilidade de os investidores não obterem

A par dos aspectos que sujeitam a primeira fase desse negócio a uma configuração que é típica da incorporação imobiliária, o condomínio é organizado em conformidade com as características da exploração empresarial do meio de hospedagem instalado no conjunto imobiliário.

Assim é porque as unidades imobiliárias integrantes desses condomínios não se destinam à fruição mediante ocupação pelos próprios titulares, mas, sim, à exploração mediante contratos de hospedagem que lhes permita auferir resultados econômicos, de modo que os termos dos instrumentos de instituição e de convenção de condomínio devem conformar-se a essa finalidade, visando sua adequação à exploração do potencial econômico do conjunto imobiliário para os fins de hospedagem, e não para fruição dos próprios titulares das unidades e/ou dos quinhões em que se divide a propriedade da edificação.

Dado que a aquisição das unidades imobiliárias dessa espécie de empreendimento não visa seu uso pelo adquirente como destinatário final, mas, sim, sua exploração econômica, o contrato de compra e venda não caracteriza relação de consumo, não se aplicando ao caso o Código de Defesa do Consumidor por qualificar-se o adquirente como investidor, e não como consumidor.¹⁸

lucro ou de apurarem prejuízos em decorrência do insucesso do empreendimento hoteleiro; (b) a possibilidade de o investidor ter de aportar recursos adicionais àqueles necessários à aquisição do investimento; (c) a possibilidade de desvalorização dos imóveis, tendo em vista, inclusive, sua destinação específica; (d) as responsabilidades civil, trabalhista, previdenciária e tributária dos investidores, decorrentes da construção do imóvel e da operação do hotel; (e) as consequências jurídicas da inexistência de matrícula individualizada para cada parte ideal no cartório de registro de imóveis; (f) o conflito de interesse caracterizado pelo fato de parcela substancial da remuneração da administradora do empreendimento hoteleiro estar vinculada à receita bruta do empreendimento hoteleiro; (g) a existência de passivos ambientais; (h) a opção pela não constituição de patrimônio de afetação de que trata o art. 31-A da Lei da (sic) Incorporações, (i) a influência que os ofertantes possam vir a exercer nas assembleias de condôminos caso venham a manter em sua propriedade partes ideais ou unidades autônomas do empreendimento; (j) a possibilidade de a sociedade incorporadora ou construtora contratar financiamento com constituição de hipoteca ou alienação fiduciária sobre o imóvel objeto do empreendimento; e (k) a possibilidade de o estudo de viabilidade econômica não ser confiável pela ausência de empreendimentos comparáveis em operação no mercado; e VII – Todo e qualquer custo, aporte, despesa, taxa, ou retenção de lucro que sejam ou possam vir a ser arcados pelos investidores em decorrência dos contratos por eles assinados.”

¹⁸ “Direito dos Contratos. Compromisso de compra e venda entre particular e incorporadora. Aquisição de imóvel com o objetivo de empregá-lo em atividade hoteleira. Conflito negativo de competência entre Câmara Cível Especializada e Câmara Cível para julgamento do recurso. Ausência de relação de consumo, uma vez que o autor adquiriu o imóvel para utilizá-lo na exploração de atividade empresarial de hotelaria,

As normas da instituição e da convenção, assim, devem priorizar o regular desenvolvimento da atividade empresarial para obtenção de resultado econômico e sua distribuição aos proprietários participantes.

Para adequado aproveitamento econômico, a administração desses condomínios é, em regra, atribuída à empresa de operação hoteleira.

1.2. INCORPORADOR: CARACTERIZAÇÃO

Dada a caracterização da atividade empresarial de incorporação imobiliária, resulta claro que o incorporador será o titular desse negócio, aquele que toma a iniciativa de mobilizar os fatores de produção necessários para realização da construção e para oferta das unidades imobiliárias no mercado.

Ao exercer a atividade da incorporação, alguém (pessoa natural ou jurídica) agrupa pessoas, utiliza fatores de produção, com o objetivo de produzir um bem, comercializá-lo e obter lucro, assumindo os riscos correspondentes. Dessa atividade não se pode dissociar a figura do empresário (incorporador): aquele que lidera o negócio, promovendo, por si ou por terceiros, o planejamento do negócio, o estudo arquitetônico e as providências para aprovação do projeto de construção, as minutas dos atos necessários à organização do empreendimento (recibo de sinal e reserva, escritura para comercialização, convenção de condomínio etc.), a captação dos recursos necessários para executar a obra, adotando, enfim, todas as medidas necessárias à organização, execução e controle de sua atividade empresarial.

A doutrina é unânime ao qualificar como *empresarial* a atividade do incorporador, consubstanciando uma atuação profissional de tal complexidade que ensejou a tipificação, pela lei, do negócio jurídico denominado *incorporação imobiliária*, contemplando, de um lado, a figura do incorporador, a pessoa que empreende, e de outro lado a figura do adquirente, deixando clara a caracterização do incorporador como empresário.

Trata-se de atividade finalística: visa o incorporador realizar a incorporação, donde seu propósito é vender e apropriar-se do correspondente resultado

com o intuito de lucro. Pela teoria finalista, consumidor é o destinatário final fático e econômico do bem ou serviço, o que não se evidencia no caso. Questão já apreciada pelo Órgão Especial no Conflito de Competência nº 0059085-87.2015.8.19.0000, de Relatoria do Des. Antonio Eduardo F. Duarte, julgado em 18.01.16: 'Conflito negativo de competência. Câmara Cível e Câmara Cível Especializada em Direito do Consumidor. Aquisição de unidade integrante de 'Pool' Hoteleiro. Finalidade de lucro. Inexistência de relação de consumo. Improcedência do conflito. Procedência do conflito para declarar competente o Juízo da 9ª Câmara Cível' (TJRJ, Órgão Especial, Conflito de Competência nº 0002469-58.2016.8.19.0000, rel. Des. Nagib Slaibi Filho, j. 16.6.2016).

econômico e financeiro. Traço marcante da incorporação imobiliária é a realização das ações necessárias para a produção de edificações coletivas, sua venda e entrega aos futuros adquirentes. É o que se extrai do art. 29, pelo qual o incorporador, entre outras ações consideradas cumulativamente, “coordena e leva a termo a incorporação, responsabilizando-se pela entrega da obra concluída”.

A definição do art. 29, “demasiado longa, imprecisa e deselegante”,¹⁹ torna difícil a conceituação da figura do incorporador. Melhor teria sido a adoção, pelo Congresso Nacional, da redação proposta pelo autor do Anteprojeto, que exprime uma ideia completa, em termos simples, concisos e claros: “Considera-se incorporador e se sujeita aos preceitos desta lei toda pessoa física ou jurídica que promova a construção para alienação total ou parcial de edificação composta de unidades autônomas, qualquer que seja a sua natureza ou destinação.”²⁰

O legislador, entretanto, optou pela formulação de um texto que na sua estrutura é desnecessariamente complicado e na construção vocabular está eivado de impropriedades conceituais, tanto jurídicas como vernaculares, como é o caso, por exemplo, de se empregar o vocábulo *transação* como sinônimo de *negócio jurídico*.

Essa deficiência legislativa tornou imprecisas as linhas definidoras do perfil do incorporador, mas é possível visualizá-lo a partir da construção doutrinária.²¹

A par do conceito fundamental de Caio Mário da Silva Pereira, já referido, Hely Lopes Meirelles vislumbra uma figura que se apresenta *multiforme*, “ora mediando o negócio, ora financiando o empreendimento, ora construindo o edifício, ora adquirindo apartamentos para revenda futura, mas em todas essas modalidades a sua constante é ser o elemento propulsor do condomínio”.²²

Mas não é só o contorcionismo do texto legal que dificulta o desenho dessa figura. É, também, a circunstância de que as situações em que se apresenta e

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*, cit., p. 247.

²⁰ Texto do art. 23 do Anteprojeto do Professor Caio Mário da Silva Pereira.

²¹ A redação que acabou se convertendo em texto legal despreza o vernáculo, a doutrina e a técnica legislativa, e sobre ela Caio Mário da Silva Pereira assim se manifesta: “Não podemos deixar de lamentar que se consagrassem, em substituição a um conceito certo, o erro de linguagem, o erro de doutrina e a deselegância de estilo (...). A ausência de conhecimentos técnicos poderia ser suprida por uma assessoria consciente. Mas não foi. E daí este artigo quilométrico, de mau entendimento e pouco vernáculo, a ferir ao mesmo tempo os ouvidos e o direito. Como foi isto que se converteu em lei, é sobre isto que teremos de trabalhar, procurando com redobrado esforço corrigir com a explicação doutrinária as deficiências legislativas.” (*Condomínio e incorporações*, cit., p. 247/248, grifamos).

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 5. ed., p. 227.

atua o incorporador são variadas, pois o incorporador “ora é dono do terreno, ora não o é. Estipula os contratos de promessa de venda. Ele próprio constrói o edifício, ou contrata sua construção. Financia, ou obtém o financiamento da obra. Promove atos em nome dos promitentes-compradores. Dirige e administra o empreendimento. Responsabiliza-se por seu êxito. Não é, portanto, um simples intermediário, nem um simples administrador.”²³

Caio Mário da Silva Pereira cotejou a figura do incorporador com outras figuras assemelhadas (corretor, mandatário etc.), alertando, entretanto, que com elas não se confunde, pois o incorporador é mais do que qualquer uma dessas figuras: é ele “a chave do negócio (...) é quem harmoniza os interesses, encaminha as pessoas e as coisas para a consecução do resultado”, e, nesse passo, aquele autor faz um paralelo entre a figura do incorporador imobiliário e a do fundador ou incorporador de sociedade anônima: “o fundador ou incorporador da sociedade anônima, que tal qual no edifício de apartamentos, é o pai da ideia de sua criação. Um paralelo entre ambos é ilustrativo: não existe edifício; alguém tem a ideia da constituição de uma ou da construção do outro; promove os contatos, aproxima os interessados; obtém capital; elabora planos; faz contratos; consegue a redação dos documentos, e tira de seus esforços, de suas boas relações, de sua imaginação, de sua experiência, a sociedade por ações ou o edifício em condomínio.”²⁴

A comparação é útil para visualização da figura do incorporador: é ele a pessoa que, com o discernimento próprio do empresário e à vista de dados da realidade, notadamente estatísticas, tem a percepção das tendências do mercado e da demanda por novos imóveis; com essa aptidão, e à vista da legislação de uso e ocupação do solo urbano, busca terrenos compatíveis com essas tendências, capazes de atender as demandas do mercado, articula negociação com o proprietário do terreno, promove, com os profissionais que contratar, o planejamento do negócio, a partir de estudos arquitetônicos, formula minutas de contratos, efetiva a compra ou a permuta do terreno, processa a apreciação e aprovação do projeto pelas autoridades administrativas, “tudo em termos tais que o edifício se constrói segundo o plano do incorporador, e o condomínio se constitui na forma da minuta por ele redigida.”²⁵

Em suma, incorporador é a pessoa natural ou jurídica, que mobiliza e coordena meios de produção capazes de viabilizar a construção de edifícios formados por unidades imobiliárias autônomas e, bem assim, a constituição da propriedade condominial especial, que o Código Civil denomina “condomínio edilício.”

²³ GOMES, Orlando. *Direitos reais*, cit., p. 306.

²⁴ Ob. cit., p. 244.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. ob. cit., p. 245.

Somente podem operar como incorporador o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário, admitindo a lei, ainda, que o construtor ou o corretor de imóveis exerça essa atividade.

No primeiro caso, o promitente ou o cessionário deverá estar imitado na posse do terreno, devendo constar do seu título aquisitivo a expressa autorização para demolir o prédio que eventualmente existir no local e, bem assim, autorização para dividir o terreno e alienar as respectivas frações ideais. A promessa, obviamente, deverá ser irrevogável e deverá estar registrada no Registro de Imóveis competente.

Caso o responsável pela incorporação seja o construtor ou o corretor, este deverá ser investido, pelo proprietário do terreno ou pelo titular dos respectivos direitos de aquisição, de mandato com poderes especiais para implementar o negócio da incorporação, notadamente poderes para outorgar em favor dos adquirentes os contratos relativos à incorporação, inclusive a escritura “definitiva” das respectivas frações ideais do terreno.

Como requisito para a prática dessa atividade, a lei exige que, antes de fazer oferta pública das unidades que pretenda vender durante a construção, o incorporador archive no Registro de Imóveis da situação do imóvel um dossiê contendo documentos que identifiquem a futura edificação e explicitem as condições do negócio. A exigência legal está expressa no art. 32, e seu propósito basilar é a identificação do objeto do negócio a ser ofertado no mercado, bem como a identificação do titular do negócio e responsável pelo empreendimento. Essa identificação tem que ser dada à publicidade, tanto no Registro de Imóveis como nos anúncios da incorporação. A lei atribui toda a responsabilidade da atividade empresarial ao incorporador (“A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador...” – art. 31) e lhe impõe sanções para a hipótese de descumprimento do comando legal (arts. 65 e 66). Havendo mais de um incorporador para o mesmo empreendimento, todos eles são solidários nas responsabilidades da incorporação (art. 31, § 3º).

Dada a multiplicidade de atos que deverá praticar para exercer a incorporação, o incorporador poderá firmar contrato de prestação de serviços, ora figurando como prestador do serviço, ora como tomador; poderá firmar contrato de permuta ou promessa de permuta, relativamente ao terreno no qual irá erigir o edifício; poderá celebrar contrato de compra e venda ou de promessa de compra e venda, figurando ora como comprador, ou promissário comprador, ora como vendedor, ou promitente vendedor; poderá ceder créditos de que tenha se tornado titular ao alienar as unidades; poderá alienar fiduciariamente o terreno e as acessões a um financiador, como garantia de financiamento que eventualmente tomar para construir o edifício, e nesse caso será o devedor-fiduciante; de outra parte, poderá vender as unidades com pacto adjeto de alienação fiduciária, e aí será o credor-fiduciário, enquanto que o adquirente da unidade será

o devedor-fiduciante; há, em suma, uma infinidade de atos e contratos passíveis de utilização pelo incorporador para consecução do seu negócio.

O incorporador pode ceder sua posição contratual, transmitindo ao cessionário os direitos e as obrigações vinculadas à incorporação. Tendo em vista a diversidade de formas de que pode se revestir o negócio da incorporação, a forma jurídica pela qual se promoverá essa cessão deverá ajustar-se aos termos em que tiver sido estruturada a incorporação. Se, por exemplo, o incorporador, sendo o proprietário do terreno e, ao mesmo tempo, o construtor do edifício, pretender ceder a totalidade de sua posição contratual, deverá contratar a venda do imóvel e a cessão dos direitos de que seja titular no contrato de construção; poderá, alternativamente, transmitir somente seus direitos e obrigações relativamente ao contrato de construção, e nesse caso celebrará apenas a cessão relativa a estas; se, entretanto, quiser transmitir a posição de incorporador, mas manter-se como construtor, venderá e cederá o ativo da incorporação (terreno, acessões, direitos creditórios decorrentes das vendas etc.) e sub-rogará o adquirente-cessionário nas obrigações correspondentes (obrigação de promover a construção, mesmo que por terceiros, obrigação de outorgar os contratos definitivos e entregar as unidades aos adquirentes etc.), e essa operação deverá ser formalizada mediante contrato de compra e venda do terreno e das acessões e contrato de cessão dos direitos creditórios e dos demais direitos e obrigações, menos os direitos e as obrigações relativas ao contrato de construção, porque pretende transmitir a posição de incorporador-proprietário, mas pretende continuar atuando como construtor do edifício. Nesse caso, o adquirente-cessionário (novo incorporador) substituirá o vendedor-cedente (antigo incorporador) na posição de incorporador, tornando-se responsável pelo cumprimento de todas as obrigações decorrentes da incorporação, tais como a de promover a conclusão da obra e a regularização da edificação no Registro de Imóveis, a de ressarcir os prejuízos decorrentes de eventual descumprimento dessas obrigações etc. Em contrapartida, o novo incorporador passa a ser titular dos direitos que adquiriu, ou seja, a propriedade das frações ideais e acessões, a titularidade dos créditos oriundos das vendas etc.

A cessão pode, evidentemente, ser parcial, continuando o cedente como coincorporador.

Na cessão de créditos oriundos das vendas, a transmissão restringe-se aos direitos creditórios, não passando para o cessionário nenhum dos demais direitos e obrigações relativas à incorporação.²⁶ Essa cessão tem apenas a função de antecipar receitas do incorporador e levantar recursos financeiros para realização da obra. Na cessão de crédito garantido por hipoteca ou por propriedade

²⁶ Ver, adiante, capítulo específico sobre as modalidades de contrato empregadas no negócio da incorporação.

fiduciária, a garantia é transmitida ao cessionário, dada a vinculação do acessório ao principal, mas, tal como na cessão de crédito plena, não se transmitem ao cessionário as responsabilidades relativas à incorporação, continuando o incorporador a responder com exclusividade pelas obrigações relacionadas à obra, à entrega das unidades, aos vícios da construção etc.

No que tange às suas relações com os adquirentes, o incorporador, ao vincular-se a cada um deles, celebra um contrato nominado: o contrato de incorporação, que foi tipificado pela Lei nº 4.591/1964, na qual se encontra o delineamento da relação jurídica objetivada, com os direitos e obrigações de cada uma das partes. Trata-se de contrato bilateral; as prestações dos contratantes são corresponsivas, pelo que a ele se aplica o princípio da *exceptio non adimpleti contractus*; pressupõe o contrato de incorporação vantagens para ambos os contratantes: o incorporador receberá o preço ajustado e o adquirente a unidade desejada; caracteriza-o, também, a sucessividade da execução, porque as prestações e contraprestações não se executam num só momento, mas se atendem, de uma parte, pelo gradual desenvolvimento da obra, até sua conclusão, averbação no Registro de Imóveis e entrega aos adquirentes e, de outra parte, pelos pagamentos efetivados pelos adquirentes.

1.3. A DINÂMICA DA INCORPORAÇÃO

Dada a configuração da incorporação imobiliária, bem como à vista do delineamento da figura do seu protagonista, é possível vislumbrar quão completa é a estrutura e a dinâmica dessa atividade, na medida em que requer a articulação, simultânea ou não, de uma série de variados fatores de produção. Trata-se de um processo de produção, é claro, mas tem estrutura e dinâmica distintas do processo de produção industrial em escala. Na incorporação não se pode falar em produção em escala, pois cada edifício encerra uma produção peculiar, quase artesanal.

Nesse processo, o incorporador opera como elemento catalisador, que se incumbem de mobilizar os recursos necessários à consecução do negócio, desde sua gênese até a conclusão do edifício e entrega das unidades aos adquirentes.

A atividade da incorporação não obedece a um padrão, não se ajusta a uma única modelagem de procedimentos, mas é possível identificar alguns aspectos básicos de sua estruturação e do seu desenvolvimento.

Na gênese do negócio está a identificação de um terreno potencialmente apropriado para uma incorporação, em vista do qual o incorporador promove a formulação de estudo arquitetônico e realiza uma análise preliminar de viabilidade econômica e financeira do negócio.

Decidindo-se pela realização da incorporação, o incorporador adquire o terreno por uma das formas legalmente admitidas, seja a compra e venda, com

pagamento integral do preço, seja a aquisição dos direitos sobre o terreno, mediante promessa de compra e venda (ou promessa de cessão), com pagamento de uma só vez ou parcelado, seja mediante permuta, e neste caso o incorporador receberá o terreno e se obrigará a construir e entregar aos permutantes (antigos proprietários da totalidade do terreno) unidades imobiliárias a serem construídas naquele mesmo terreno, podendo, obviamente, realizar permuta por outros imóveis, não integrantes daquela incorporação.

Promove o incorporador a elaboração do projeto definitivo, processando sua apreciação e aprovação pelos órgãos competentes (administração municipal, serviços de água e esgoto, órgãos de proteção ao ambiente etc.).

Aprovado o projeto, o incorporador promove a elaboração das peças de natureza jurídica, técnica, econômica e financeira relativas à implementação do negócio, relacionadas no art. 32, entre elas a certidão de matrícula do imóvel, a vintenária e a de ônus reais, os quadros de áreas das futuras unidades imobiliárias autônomas, o orçamento, o quadro contendo os coeficientes de construção, que discriminará o custo unitário imputável às diversas unidades, declarações de idoneidade financeira passadas por instituições financeiras etc. Reunidas, essas peças compõem um dossiê que recebe a denominação de *Memorial de Incorporação* e é levado ao Registro de Imóveis, para que o Oficial do Registro promova o registro da incorporação (Lei de Registros Públicos, art. 167, I, 17).

Os elementos do Memorial evidenciam a autonomia material e financeira da incorporação e sua conformação como unidade econômica autônoma, dotada de capacidade de formação de capital com lastro no seu próprio ativo, composto pelas receitas de venda dos imóveis a construir, em montante suficiente para cumprimento do seu objeto, que corresponde à realização da obra, entrega das unidades aos adquirentes, liquidação do passivo e retorno do investimento.

O registro, com o arquivamento do memorial, constitui ato básico do negócio de incorporação imobiliária, é ato preliminar, requisito legal, indispensável para o exercício da atividade de incorporador. Sem o arquivamento do memorial, o incorporador não estará legitimado a promover a oferta pública para comercialização das unidades. O registro da incorporação seria comparável, *modus in rebus*, ao registro de contrato social de uma sociedade empresarial na Junta Comercial ou outro órgão ao qual a ordem jurídica atribua competência em razão de alguma atividade empresarial específica.

Não obstante seja o registro que legitime o incorporador a empreender sua atividade empresarial de oferta pública das frações ideais do terreno e das acessões que corresponderão às futuras unidades imobiliárias, a lei sujeita ao regime da incorporação a alienação de frações ideais vinculada a construção cujo projeto

esteja aprovado ou estiver pendente de aprovação, ainda que tal comercialização ocorra antes do registro, “respondendo o alienante como incorporador”.²⁷

A oferta pública se faz pelos meios que o negócio comportar, podendo haver a mais ampla publicidade, por todos os meios de comunicação, ou a busca de adquirentes por meios diretos, mais simples.

Segue-se a comercialização, com a aceitação de reservas para aquisição das unidades, cadastramento dos candidatos à aquisição, análise das suas condições econômico-financeiras e subsequente assinatura dos contratos correspondentes.

O negócio com os adquirentes pode ser formalizado mediante contrato de promessa de compra e venda da unidade imobiliária ou contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária, firmado entre o incorporador e cada adquirente; por essas modalidades de contrato, o incorporador se responsabiliza pela construção e entrega da unidade a preço certo, com prazo determinado para conclusão da obra, averbação da construção, individualização das unidades no Registro de Imóveis e sua entrega aos adquirentes. Pode o negócio entre o incorporador e os adquirentes, entretanto, ser formalizado mediante contrato de promessa de compra e venda de fração ideal do terreno vinculada à contratação da construção da unidade, pelo regime da empreitada ou da administração, este último chamado a *preço de custo*. E, ainda, se for contratado financiamento para a construção, poderá ser este repassado para os adquirentes.

A realização da obra há de ser feita de acordo com o projeto, as especificações e o prazo pactuado nos respectivos contratos.

Os adquirentes são representados por uma Comissão de Representantes, composta por pelo menos três adquirentes, eleita em assembleia geral que reúna os contratantes ou nomeada no contrato de construção pelo próprio incorporador. A Comissão tem a incumbência de acompanhar a obra, representando os interesses dos adquirentes.

As principais obrigações das partes envolvidas no negócio são exigíveis durante o período da construção, vale dizer, a obrigação do incorporador de construir ou fazer construir e a obrigação dos adquirentes de pagar o preço, em geral em parcelas que se vencem durante a obra e, em certos casos, seguem vencendo-se após a conclusão e entrega da edificação.

Em regra, ao tomar financiamento para a construção, o incorporador dá em garantia ao financiador o próprio terreno objeto da incorporação e as acessões

²⁷ Lei nº 4.591/1964: “Art. 29. (...) Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador”.

que sobre ele vierem a ser erigidas; essa garantia pode ser a hipoteca ou a propriedade fiduciária; outro contrato de garantia real típico dos financiamentos das incorporações imobiliárias é o de cessão fiduciária dos créditos constituídos nos contratos de comercialização; em geral, o financiamento é contratado antes do início da comercialização, de modo que, ao contratar a aquisição, o adquirente torna-se titular de uma fração ideal de terreno e de acessões já gravadas com aquela garantia real; nesses casos, em geral, uma parte do preço de aquisição é pago pelo adquirente diretamente ao financiador. Em alguns casos, o incorporador inicia as vendas e depois vem a obter financiamento para a construção; para essas hipóteses, é comum, no contrato de promessa, a inserção de cláusula-procuração, pela qual o adquirente autoriza o incorporador a tomar financiamento para a construção e a dar em garantia, ao financiador, a fração ideal e as acessões que prometera adquirir, outorgando ao incorporador mandato com poderes para manifestar concordância com a constituição da garantia.²⁸

A par do gravame do terreno e das acessões, em garantia do financiamento da incorporação, a cessão fiduciária dos créditos oriundos das vendas é contrato particularmente relevante para captação de recursos destinados a essa atividade empresarial. Esse contrato de garantia foi regulamentado especificamente para os fins da incorporação imobiliária pelos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514/1997, tendo sido sua aplicação estendida para garantia de outras espécies de operação.

Trata-se de garantia real dotada de boa liquidez, pois seu objeto material é crédito resgatável em parcelas pelos adquirentes dos imóveis em construção, cujo recebimento é legalmente atribuído ao cessionário, gerando para este, que,

²⁸ A Portaria nº 3, de 15 de março de 2001, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, divulgou “elenco de cláusulas, as quais, na forma do artigo 51 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (...), serão consideradas como abusivas... 15. Preveja, no contrato de promessa de compra e venda de imóvel, que o adquirente autorize ao incorporador alienante constituir hipoteca do terreno e de suas acessões (unidades construídas) para garantir dívida da empresa incorporadora, realizada para financiamento de obras.” (sic). O teor da Portaria não levou em conta a função econômica e social do contrato de incorporação, pois o financiamento da construção, a que se refere, visa exatamente o cumprimento do programa contratual, que atende a legítima expectativa do adquirente, valorizada pelo Código do Consumidor, que a Portaria invoca. Ademais, o ato que eventualmente poderia ser abusivo seria o uso do mandato para outra finalidade que não seja a garantia do financiamento da construção do edifício, pois quando constituída hipoteca para esse fim (construção) a cláusula é benéfica para os adquirentes. A vedação, enfim, é enganosa, pois, ao invés de proteger os adquirentes, pode prejudicar o desenvolvimento da obra e, assim, opera em sentido contrário ao interesse dos adquirentes e à função social do contrato de incorporação.

no caso específico da incorporação, é a instituição financiadora da incorporação a legítima expectativa de retorno dos recursos financiados, no prazo programado.

A eficácia da cessão fiduciária é reforçada pela Lei nº 11.101/2005, que exclui os créditos objeto dessa cessão em garantia dos efeitos de recuperação judicial da empresa cedente ou de sua falência (§ 3º do art. 49 e inciso IX do art. 119).²⁹

Dados o nexo funcional que liga os contratos de alienação das unidades e a dependência da incorporação de suas próprias forças, o direito positivo protege seu patrimônio no interesse comum da coletividade dos contratantes por meio de mecanismos econômicos, financeiros e, até mesmo, processuais destinados a garantir a preservação do fluxo financeiro direcionado à obra e à liquidação do passivo da incorporação, dentre os quais se destacam: (i) blindagem patrimonial mediante constituição de um patrimônio separado, de afetação, para cada incorporação imobiliária (Lei nº 4.591/1964, arts. 31-A e seguintes), (ii) irretratabilidade das promessas de venda (Lei nº 4.591/1964, § 2º, do art. 32), (iii) blindagem do produto das vendas mediante impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação dos imóveis (atual Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, art. 833, XII), (iv) resolução de pleno direito da promessa de venda mediante procedimento extrajudicial, seguido de leilão da fração ideal e acessões do adquirente inadimplente, visando a rápida recomposição do capital da incorporação (Lei nº 4.591/1964, art. 63), dentre outras normas que vinculam os créditos oriundos das promessas prioritariamente à execução da obra e liquidação do passivo da incorporação.

É obrigação do incorporador informar aos adquirentes, periodicamente, o andamento da obra, salvo se a construção tiver sido contratada por administração, hipótese em que são realizadas reuniões periódicas para exame do andamento da obra e revisão do seu custo.

Concluída a obra para a qual tenha sido concedido financiamento por instituição financeira, formalizam-se, em regra em um único instrumento, os contratos de compra e venda entre o incorporador e os adquirentes e de financiamento entre estes e a instituição financeira, para pagamento de parte do preço da aquisição, seguindo-se o “repasso” do crédito do incorporador (correspondente ao saldo do preço de venda) à instituição financiadora, para amortização do financiamento tomado para a construção.³⁰

²⁹ AgRg em REsp 1.181.533, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10.12.2013. Tratamos especificamente desse contrato de garantia em nosso *Alienação Fiduciária – Negócio Fiduciário*, itens 7.1-7.9.

³⁰ Na linguagem corrente do mercado, designa-se “repasso” a operação pela qual, por ocasião da entrega das unidades, a instituição financeira que financiou a construção empresta ao adquirente os recursos necessários para complementar o pagamento do saldo do preço da unidade; considerando que o incorporador é o credor desse saldo, mas é devedor do valor correspondente ao financiamento da construção, a instituição

A construção do conjunto imobiliário é averbada no Registro de Imóveis à vista da certidão emitida pela municipalidade, para efeito de individualização e discriminação das unidades (art. 44).

Como se vê, a incorporação imobiliária tem estrutura e dinâmica extremamente complexas. Nela envolvem-se ou podem envolver-se o proprietário do terreno para o qual será projetado o edifício, o corretor que tiver feito a aproximação entre o proprietário do terreno e o futuro incorporador ou construtor, o arquiteto que formula o projeto arquitetônico, as autoridades que processam a apreciação e aprovação do projeto, os engenheiros e outros profissionais que elaboram os projetos de execução, o advogado e demais profissionais do Direito que dão forma aos diversos atos relativos à incorporação, bem como promovem os respectivos registros, as empresas de publicidade e de corretagem que promovem o lançamento e a comercialização do empreendimento e, afinal, os adquirentes.

1.4. CONCLUSÃO DA OBRA. CONSTITUIÇÃO E INSTALAÇÃO DO CONDOMÍNIO

O objetivo final da incorporação é, como se viu, além da conclusão da obra e entrega das unidades, a constituição de propriedade individual sobre as unidades imobiliárias integrantes de conjuntos de imóveis, em geral edifícios de dois ou mais pavimentos, bem como a instituição do regime especial de copropriedade sobre as partes do conjunto imobiliário destinadas à propriedade e ao uso comum de todos os titulares e/ou ocupantes das unidades autônomas. A conjugação dessas duas espécies de propriedade e a definição dos poderes atribuídos aos condôminos, com as limitações próprias dessa espécie de copropriedade, são estabelecidas pelo instrumento de instituição do condomínio. Essa instituição e a organização da utilização do imóvel foram inicialmente reguladas no direito brasileiro pelo Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928, vindo a ser disciplinada pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, à qual vieram agregar-se os arts. 1.331 a 1.358-A do Código Civil de 2002.

O condomínio especial de que tratam o art. 8º da Lei nº 4.591/1964 e os arts. 1.331 e seguintes do Código Civil de 2002 caracteriza-se, fundamentalmente, pela autonomia de cada fração ideal e acessões e sua interligação com partes do conjunto imobiliário que são atribuídas à propriedade comum, e por essas características distingue-se do condomínio geral de que tratam os arts. 1.314 e seguintes do Código Civil de 2002.

financiadora, em vez de entregar ao incorporador a quantia correspondente ao saldo do preço de venda, emprega-a na amortização do saldo devedor do financiamento da construção.

Usualmente o condomínio especial é instituído mediante registro do Memorial de Incorporação, pois esse registro (i) fraciona o terreno onde será erigido o conjunto imobiliário em tantos direitos reais de propriedade quantas sejam as frações em que esse terreno é dividido e as futuras unidades autônomas que a elas se vincularão e (ii) confere autonomia ao direito real de propriedade relativo a cada fração ideal e suas respectivas acessões, investindo o seu titular (incorporador e futuros adquirentes) do direito subjetivo de dispor desse direito real de propriedade ou de direito aquisitivo independentemente de anuência dos demais titulares do direito real de propriedade ou aquisitivo sobre as frações restantes ideais que compõem esse condomínio especial.

1.4.1. Fundamentação legal

O Código Civil disciplina a instituição e a organização do condomínio no capítulo intitulado “Do condomínio edilício” (Capítulo VII, Título III, Livro III), que trata de quase toda a matéria sobre as relações entre os condôminos contida nos arts. 1º a 27 da Lei nº 4.591/1964.

A inserção da disciplina sobre condomínios em edificações no Código Civil deu origem a dúvidas e controvérsias sobre importantes questões relativas à sua incidência sobre a organização de condomínios já formados sob a égide da Lei nº 4.591/1964 e sobre alguns aspectos, em razão de omissões e inovações terminológicas e/ou conceituais, distanciadas de certos conceitos já consolidados na doutrina e na jurisprudência.

Fundamental, por exemplo, é a caracterização legal do condomínio, e aí já se inicia importante questionamento. Com efeito, o art. 1.331 assim define a propriedade condominial especial: “Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.” Porque “pode haver” e não “haverá”? Ora, o condomínio por unidades autônomas em conjuntos imobiliários se forma, necessariamente, pela conjunção dessas duas propriedades, a exclusiva e a comum, e necessariamente há, em todo condomínio dessa natureza, partes que são de propriedade comum e partes que são de propriedade exclusiva; sem a conjunção dessas duas modalidades de propriedade jamais poderia existir um conjunto imobiliário composto por unidades autônomas, sejam superpostas em dois ou mais pavimentos, casas ou lotes de terreno. A coexistência de partes privativas + partes comuns é da natureza desse tipo de condomínio; logo, em condomínios por unidades autônomas *haverá* partes que são de propriedade exclusiva e partes que são de propriedade comum.

Outra questão relevante diz respeito à representação do condomínio, que o Código Civil autoriza seja atribuída a terceiro, não condômino.

Há omissões sobre aspectos importantes, como é o caso da configuração específica das vagas de garagem e dos condomínios de casas, prevista na Lei 4.591/1964 sob a designação de “casas térreas ou assobradadas”, no art. 8º.

Por essas e outras razões, é de se admitir que a aplicação das regras do Código Civil relativas ao condomínio venha a ser orientada pelo entendimento já consolidado na doutrina e na jurisprudência; é de se admitir, também, que prevaleçam certas regras da Lei nº 4.591/1964, sobretudo naquilo que o Código Civil é omissor.

1.4.2. Caracterização do condomínio especial por unidades autônomas

O condomínio pode ser comum ou especial. Ao primeiro, o Código Civil de 2002 atribui a denominação de “condomínio geral”, dividindo-o em duas espécies: o “condomínio voluntário” e o “condomínio necessário”. Ao segundo (condomínio especial) o Código Civil denomina “condomínio edilício”.

Condomínio geral, seja o voluntário ou o necessário, é aquele em que uma coisa pertence simultaneamente a duas ou mais pessoas, e essas têm direitos sobre a coisa na sua totalidade, e não sobre partes determinadas da coisa; no condomínio geral, os condôminos exercem seu direito na proporção da quota atribuída a cada um, sem excluir igual direito dos demais condôminos. Cada um concorre para as despesas da coisa e para cobertura de eventuais prejuízos na proporção dos seus direitos e, em contrapartida, cada um apropria-se, na mesma proporção, do resultado econômico propiciado pela coisa. Os direitos dos condôminos são exercidos em conjunto, e não isoladamente; também não se divide a coisa para que cada condômino exerça sua propriedade sobre uma parte delimitada.

“A ideia mestra está no exercício conjunto das faculdades inerentes ao condomínio pela pluralidade de sujeitos, de tal sorte que cada um deles tenha um poder jurídico sobre a coisa inteira, em projeção de sua quota ideal, sem excluir idêntico poder dos consócios ou coproprietários. A noção já nos vem do direito romano, onde a enunciara Ulpiano, e é a mesma no direito moderno, como decorre da sistematização legal (Código Civil, art. 623 e segs.[CC/1916]) e da doutrina.”³¹

Três são as características fundamentais do condomínio geral: 1) nenhum condômino pode dar a posse, uso ou gozo da coisa a estranhos, sem que os demais condôminos consentam; 2) se quiser alienar seu quinhão, o condômino tem que dar preferência aos demais; 3) o condomínio geral é transitório.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Condomínio e incorporações*, cit., p. 76.

Essa configuração, obviamente, não atende às necessidades decorrentes da grande concentração urbana, cujos espaços são ocupados mediante união de unidades imobiliárias autônomas em edificações, formando um conjunto de unidades imobiliárias em uma única edificação. Essa modalidade de edificação reclama a instituição de um regime jurídico especial, em que as unidades guardem relativa independência, numa configuração inconfundível com a do condomínio geral, pois, como observa José de Oliveira Ascensão, a finalidade do condomínio especial é viabilizar a existência e funcionalidade de propriedades separadas, embora em prédios coletivos, nos quais a comunhão cumpre função acessória: “Escopo da propriedade horizontal não é criar uma situação de comunhão: é permitir propriedades separadas, embora em prédios coletivos. Sendo assim, há nuclearmente uma propriedade, mas esta é especializada pelo fato de recair sobre parte da coisa e de envolver acessoriamente uma comunhão sobre outras partes do prédio. Estas especialidades levam a que a lei tenha tido a necessidade de recortar um regime diferenciado”.³²

Com efeito, ao contrário do que ocorre no condomínio geral, o poder jurídico dos condôminos no condomínio edilício não é exercido em comum sobre a totalidade das unidades autônomas e das partes comuns da edificação; no condomínio edilício, os condôminos exercem poder exclusivo sobre as unidades imobiliárias, que são objeto de apropriação e utilização privativa por parte deles (o apartamento ou a sala etc.), e, simultaneamente, exercem, em comunhão, a titularidade sobre as partes do edifício destinadas ao uso comum de todos os condôminos (elevadores, portaria etc.).

Nessa configuração especial, reúnem-se e se articulam a propriedade coletiva e a propriedade individual. O terreno, a estrutura do edifício, a rede geral de distribuição de água, de esgoto etc., as áreas de circulação e de acesso ao logradouro, tudo isso constitui objeto de propriedade comum dos condôminos, e essa propriedade deve ser exercida em comum, não pode jamais ser desmembrada, nem pode ser alienada separadamente da unidade imobiliária exclusiva de que seja titular o condômino, até porque isso seria materialmente impossível; sobre essa parte comum cada condômino é titular de um quinhão, uma fração ideal. Já as unidades imobiliárias destinam-se a ocupação exclusiva dos seus titulares e, por isso, são objeto de propriedade individual e são dotadas de autonomia material e jurídica; são os apartamentos, os escritórios, as lojas, as vagas de garagem etc.

A unidade imobiliária em edificação coletiva é, por natureza, vinculada ao conjunto de que faz parte e todo esse conjunto (partes comuns + mais partes privativas) constitui um bem incindível, a despeito da autonomia de que é

³² ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direitos Reais*. Coimbra, Coimbra Editora, 5. ed., 2000, p. 464.

dotada cada unidade imobiliária, e esse fato enseja a conjunção entre o direito de propriedade exclusiva e o direito de copropriedade.

Não se trata de uma *propriedade mista*, em que houvesse uma relação de dependência entre um direito de copropriedade sobre as partes comuns e um direito exclusivo de propriedade sobre a unidade imobiliária; nem se trata de um direito *principal* e um direito *accessório*, mas, como esclarece Caio Mário da Silva Pereira, trata-se de uma *fusão de direitos*, uma *simbiose orgânica*, “uma relação subjetiva una e uma relação objetiva dicotômica.”³³

Podem ser objeto de condomínio especial (a) conjunto de casas térreas ou assobradadas, construídas em terreno comum, do qual se destaca uma parte ocupada pela edificação e outra reservada para jardim e quintal; (b) conjunto de edifícios de dois ou mais pavimentos, composto por unidades imobiliárias autônomas; (c) um só edifício de unidades autônomas³⁴; ou (d) lotes de terreno.

1.4.3. A instituição, o uso e a administração do condomínio especial

O direito de propriedade individual do condômino sobre a unidade imobiliária assegura-lhe o uso, a fruição e a livre disposição desse bem, com exclusão de todos os demais condôminos, enquanto seu direito de propriedade sobre as partes comuns lhe permite usá-las e delas extrair fruição compatível com sua função, desde que o faça na conformidade de sua destinação e sem excluir igual direito de utilização dos demais condôminos; o condômino tem, ainda, estando quite com suas obrigações condominiais, direito de participar das assembleias

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*, cit. p. 93 e 171. “No conjunto imobiliário a unidade é uma ilha de propriedade exclusiva dentro do condomínio (...). Ponderando sobre o novo regime jurídico de condomínio em propriedade horizontal, o investigador encontra duas situações: a da *propriedade exclusiva sobre a unidade*, que é o escopo a que visa o sujeito, em franca atenção à procura de uma fórmula jurídica de aproveitamento da fração material da coisa, sem a participação de seus vizinhos ou dos cotitulares de direitos no todo. Ao mesmo passo, ressalta-lhe à observação a posição *menos relevante* do condomínio indivisível sobre o solo e as partes comuns, que somente existe em caráter finalístico para proporcionar a utilização da propriedade exclusiva. Os proprietários de apartamentos são comproprietários daquelas partes, como meio de realização do seu direito individual. Este prepondera sobre a compropriedade.”

³⁴ Ao tratar do condomínio especial, composto de unidades autônomas, o Código Civil só se refere a “edificações”, omitindo-se em relação a conjuntos de casas, estes tratados de maneira específica na Lei nº 4.591/1964 e na Lei nº 4.864/1965. O condomínio de casas, entretanto, é admitido, como esclarece o Enunciado nº 89, da I Jornada de Direito Civil, já referido em nota anterior, neste mesmo capítulo. O mesmo ocorre em relação aos condomínios de lotes de terreno, a que nos referimos adiante.

gerais do condomínio e votar nas respectivas deliberações (Código Civil de 2002, art. 1.335).

Na medida em que a propriedade coletiva e a propriedade individual, conjugadas no condomínio especial, se constituem e coexistem “ligadas entre si por um nexo de funcionalidade”,³⁵ é indispensável, em presença necessária das partes comuns, uma organização a fim de promover sua gestão e manutenção.

A lei dispõe sobre a forma de constituição desse condomínio especial, trata do exercício dos direitos fundamentais inerentes a essa propriedade especial, ressalvadas as limitações próprias da conjugação dos distintos direitos de propriedade sobre as partes privativas e as partes comuns, estabelece os critérios básicos da administração do condomínio, dispõe sobre as penalidades e disciplina a extinção do condomínio (Código Civil de 2002, arts. 1.331 a 1.358-A).³⁶

O condomínio edilício é instituído pelo registro, no Registro de Imóveis, do instrumento de instituição de condomínio, que pode ser celebrado por ato entre vivos ou por testamento; em ambos os casos, a instituição pode ser formalizada por instrumento público ou particular. Devem constar do instrumento de instituição de condomínio, obrigatoriamente, os elementos essenciais de caracterização dessa propriedade imobiliária especial, a saber: a) a discriminação e a individualização das unidades autônomas e das partes comuns; b) a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e às partes comuns; e c) a destinação das unidades.

Esses elementos de caracterização do condomínio especial constam do art. 1.332 do Código Civil e são também estabelecidos pelo art. 32 da Lei nº 4.591/1964, que, ao estabelecer os requisitos para a oferta pública dos imóveis a construir sob o regime da incorporação imobiliária, exige que conste do Memorial de Incorporação a discriminação das frações ideais passíveis de serem alienadas livremente pelo seu titular, a descrição e caracterização das unidades e das partes comuns e a destinação das unidades.

Assim, a instituição do condomínio especial e a respectiva convenção, resultam, usualmente, da atividade de incorporação imobiliária, que tem como pré-requisito o registro desse Memorial de Incorporação.

Com efeito, o registro do Memorial de Incorporação importa na discriminação das frações ideais e na descrição e caracterização das futuras unidades autônomas, como expressamente dispõem as alíneas “e” e “i” do art. 32, conferindo-lhes autonomia.

³⁵ Antonio Gambaro, *Trattato di diritto privato – la proprietà*, Milão: Giuffrè, 1990, p. 269.

³⁶ Correspondem aos arts. 9º a 12 da Lei nº 4.591/1964.

O registro qualifica uma propriedade condominial peculiar, distinta da propriedade condominial geral de que tratam os arts. 1.314 e seguintes do Código Civil, sendo esse o fundamento legal que investe o incorporador na faculdade de negociar as futuras unidades e/ou frações ideais após esse registro (Lei nº 4.591/1964, art. 32).

A constituição dessa propriedade condominial especial é o primeiro efeito do registro do Memorial.

Observe-se que, enquanto no condomínio geral regulado pelos arts. 1.314 e seguintes do Código Civil o titular de um quinhão (condômino) só pode aliená-lo com a anuência dos demais titulares,³⁷ na propriedade especial instituída pela Lei nº 4.591 cada titular de quinhão (fração ideal) pode alienar ou onerar livremente sua fração e acessões, independentemente de anuência dos demais. Por isso é que, depois de vender a primeira unidade, o incorporador pode prosseguir vendendo todas as demais sem pedir anuência daqueles que já adquiriram as suas, e, ainda, cada adquirente pode revender sua fração e acessões (unidade como coisa futura) também livremente, sem necessidade de anuência dos demais adquirentes.

A criação de direitos de propriedade autônomos, correspondentes a cada fração ideal e respectivas acessões, é indispensável para a constituição de garantia de financiamento para construção e comercialização das unidades do empreendimento, e é exatamente em atenção a essa autonomia que o art. 1.488 do Código Civil de 2002 admite o desdobramento do crédito global em valores proporcionais a cada unidade imobiliária em construção. Aliás, antes mesmo dessa norma legal, já se praticava no mercado da produção e do financiamento imobiliário o desmembramento da garantia, pelo qual se atribui o valor do crédito a que se vincula, em garantia, cada unidade, fixando-se no contrato de financiamento da construção um valor mínimo de desligamento (VMD) para efeito de cancelamentos parciais da garantia, que, atualmente, em regra, é a hipoteca.

O art. 32 da Lei nº 4.591/1964 e o art. 1.488 do Código Civil de 2002, entre outras disposições, constituem o fundamento legal que investe o incorporador na faculdade de, desde o lançamento do empreendimento, após o registro do

³⁷ Código Civil de 2002: “Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência. Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os comproprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço”.

Memorial de Incorporação, contratar a compra e venda a crédito³⁸ das unidades imobiliárias em construção, com pagamento parcelado e pacto adjeto de hipoteca ou alienação fiduciária em garantia.

Dado esse efeito do registro do Memorial, há Estados da Federação em que, quando concluída a obra, procede-se apenas à averbação da construção e ao registro da convenção de condomínio, não se exigindo o registro de instrumento de instituição de condomínio, considerando que este já se encontrava instituído pelo registro do Memorial de Incorporação, enquanto em outros estados se exige o registro da instituição de condomínio em ato subsequente ao da averbação da construção, caracterizando-se aí um inequívoco *bis in idem*. Admitindo-se, embora, que ambos os procedimentos produzam o mesmo efeito prático, o certo é que a obrigação de instituir o condomínio é atribuída por lei ao incorporador, pois o ato de “individualização e discriminação das unidades” a ele imposta pelo art. 44 nada mais é do que a reprodução dos elementos a que se refere o art. 32 e os de caracterização do condomínio especial estabelecidos pelo art. 1.332 do Código Civil.

Embora usualmente resulte da incorporação imobiliária, a instituição de condomínio se faz também mediante outros procedimentos.

É o caso, por exemplo, de um grupo de pessoas que adquire um terreno para construir edifício de apartamentos e pode, na mesma escritura de compra do terreno, dispor sobre a constituição do condomínio, nesse mesmo instrumento dividindo o terreno em frações ideais, descrevendo e caracterizando as futuras unidades imobiliárias que haverá de se vincular àquelas frações e atribuindo a propriedade dessas frações e das futuras unidades a cada um dos condôminos.³⁹

O mesmo se dá quando os coproprietários de um edifício com matrícula única no Registro de Imóveis resolvem extinguir esse condomínio geral mediante divisão do imóvel e atribuição de cada uma das unidades que o compõem à propriedade individual e autônoma de cada um deles.

³⁸ É legalmente admitida a venda a crédito, pela qual o titular contrata a transmissão do domínio sem ter recebido integralmente o preço. Os elementos do contrato de compra e venda são a coisa, o preço e o consenso, e não a quitação do preço. Código Civil de 2002: “Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço. (...). Art. 491. Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço”.

³⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Tratado dos registros públicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 4. ed., 1961, v. IV, p. 252.

Nada obsta a que o proprietário único da totalidade de um edifício composto de várias unidades o divida em frações autônomas com suas correspondentes unidades imobiliárias e firme o respectivo instrumento de constituição, pelo qual, como ensina Pontes de Miranda, “o edifício, que era *unidade* em toda a sua altura, largura e comprimento, passa a ser *pluralidade na unidade* (...)”. Aí está a razão por que nada obsta a que o alienante, o incorporador, o testador ou doador por adiantamento de legítima imponha, satisfeitos os pressupostos necessários, a comunhão *pro diviso*, ainda se o adquirente é uma só pessoa”.⁴⁰ Prossegue Pontes de Miranda: “A declaração de vontade para dividir em apartamentos o edifício pode ser unilateral, e não importa se o declarante é uma só pessoa, ou duas, ou mais”⁴¹, e por isso mesmo o art. 1.332 do Código Civil de 2002 prevê que o condomínio pode ser instituído “por ato entre vivos ou testamento”.⁴²

É com base nesses fundamentos, que a V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado 504, pelo qual a escritura de instituição e convenção firmada pelo proprietário único do edifício é título hábil para registro nos termos dos arts. 1.332 e 1.334 do CC/2002.⁴³

“Os direitos de cada condômino às partes comuns são inseparáveis de sua propriedade exclusiva”, assim como das frações ideais, sendo vedado “alienar ou gravar os bens em separado” (art. 1.339, § 1º, do CC/2002); a “parte acessória” da unidade imobiliária, entretanto, pode ser alienada a outro condômino ou mesmo a estranho, mas neste caso só se permitido pelo ato constitutivo do condomínio e, ainda, “se a ela não se opuser a respectiva assembleia geral” (§ 2º do art. 1.339 do CC/2002). O dispositivo não especifica o que sejam essas “partes acessórias”, mas parece que quer se referir, entre outros, aos locais destinados à guarda de veículos, que, conforme o caso, podem ser caracterizados como unidades autônomas, quando compuserem edifício-garagem, ou como partes acessórias de unidades autônomas e, ainda, como objeto de direito de uso.

O condômino pode alugar sua área no “abrigo de veículos” inclusive para estranhos ao condomínio, mas nesse caso “preferir-se-á, em condições iguais,

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. XII, 1.335, 8.

⁴¹ Idem, § 1.332, 7.

⁴² Tratamos especificamente da matéria em nosso *Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais – Estudos e pareceres* (Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2. tir., p. 373-390).

⁴³ Enunciado 504 da V Jornada de Direito Civil: “A escritura declaratória de instituição e convenção firmada pelo titular único de edificação composta por unidades autônomas é título hábil para registro da propriedade horizontal no competente registro de imóveis, nos termos dos arts. 1.332 e 1.334 do CC”.

qualquer dos condôminos a estranhos e, entre todos, os possuidores.” (art. 1.338 do CC/2002).

As partes comuns, em regra, são insuscetíveis de utilização exclusiva por qualquer condômino (art. 1.335, II, do CC/2002), salvo casos excepcionais, sem que, todavia, tal uso implique apropriação da coisa comum pelo condômino; seria o caso, por exemplo, de vagas de garagem localizadas em alguma parte comum do edifício; para esses casos, as despesas relativas a essas partes comuns incumbem aos condôminos que dela se servirem com exclusividade (art. 1.340 do CC/2002).

O terraço do edifício é considerado parte comum, mas o instrumento de instituição do condomínio pode caracterizá-lo como parte privativa (§ 5º do art. 1.331 do CC/2002); nesse caso, incumbem ao proprietário da cobertura as despesas de sua conservação “de modo que não haja danos às unidades inferiores” (art. 1.344 do CC/2002).⁴⁴

A construção de outro pavimento sobre o edifício ou de outra edificação no solo comum, destinado a conter novas unidades, depende da aprovação unânime dos condôminos.

O síndico pode realizar, independente de autorização, as obras ou reparações necessárias nas partes comuns, podendo qualquer condômino realizá-las em caso de omissão daquele administrador. Se essas obras forem urgentes e importarem em “despesas excessivas, determinada sua realização, o síndico ou o condômino que tomou a iniciativa delas dará ciência à assembleia, que deverá ser convocada imediatamente” (§ 2º do art. 1.341 do CC/2002); mas, não sendo urgentes essas obras de custo “excessivo”, sua realização depende de aprovação da assembleia geral, que poderá ser convocada por qualquer condômino em caso de omissão ou impedimento do síndico (§ 3º do art. 1.341 do CC/2002). As obras e os reparos necessários realizados por condômino serão a ele reembolsadas, não se autorizando o reembolso de outras obras ou reparos de outra natureza, mesmo que sejam de interesse comum (§ 4º do art. 1.341 do CC/2002).

As obras de acréscimo, destinadas a aumentar ou facilitar a utilização de partes comuns, dependem de aprovação de 2/3 dos votos dos condôminos, vedada a realização, nas partes comuns, de acessões que possam prejudicar a utilização de partes comuns ou privativas (art. 1.342 do CC/2002).

Além da instituição do condomínio, os condôminos deverão formular uma convenção, que determinará: a) a quota de contribuição dos condôminos e o modo de pagamento, para atender às despesas ordinárias e extraordinárias

⁴⁴ Na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo CEJ do CJF entre 1º e 3 de dezembro de 2004, foi aprovado o Enunciado nº 247, segundo o qual: “No condomínio edilício é possível a utilização exclusiva de área ‘comum’ que, pelas próprias características da edificação, não se presta ao ‘uso comum’ dos demais condôminos”.

do condomínio; b) a forma da administração e seus órgãos; c) a competência da assembleia geral, forma de convocação e *quorum* exigido para as deliberações; d) as sanções a que estão sujeitos os condôminos ou possuidores; e e) o regimento interno. A convenção deve ser subscrita por titulares de, no mínimo, 2/3 das frações ideais, tornando-se desde logo obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades e “para quantos sobre elas tenham posse ou detenção;” entretanto, a convenção só produz efeito perante terceiros depois de registrada no Registro de Imóveis competente; a convenção pode ser formalizada por instrumento público ou particular. Para exercício dos direitos e cumprimento dos deveres relativamente à propriedade condominial especial, equiparam-se “aos proprietários, (...) salvo disposição em contrário, os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas” (§ 2º do art. 1.334 do CC/2002).

É dever do condômino (a) contribuir para as despesas do condomínio, na proporção de suas frações ideais, (b) abster-se de realizar obras que possam comprometer a segurança do edifício, (c) abster-se de alterar a forma e a cor das fachadas, das partes e das esquadrias externas; o condômino não pode dar à sua unidade destinação diversa da que tem a edificação, nem utilizá-la de maneira prejudicial ao sossego, à salubridade e à segurança dos possuidores ou de maneira prejudicial aos bons costumes.

O não pagamento de contribuições sujeita o condômino aos juros moratórios estabelecidos na convenção e à multa de 2% sobre o valor do débito; não havendo estipulação na convenção, a taxa de juros moratórios será de 1% por mês. O não cumprimento dos demais deveres sujeitará o condômino ao pagamento da multa que estiver estabelecida no ato de instituição do condomínio ou na convenção, mas essa multa não poderá exceder a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais; não havendo estipulação expressa na instituição ou na convenção, “caberá à assembleia geral, por 2/3 (dois terços) no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa” (§ 2º do art. 1.336 do CC/2002).

O adquirente de unidade autônoma responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive no que tange às multas e aos juros moratórios (art. 1.345 do CC/2002).

Ao condômino, ou possuidor, que descumpra reiteradamente seus deveres gerais perante o condomínio poderá, por deliberação de 3/4 da assembleia, ser aplicada “multa correspondente até o quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem” (art. 1.337 do CC/2002). Dispõe ainda o parágrafo único desse dispositivo que “o condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia.”

O edifício deve ser segurado contra os riscos de incêndio ou de destruição total ou parcial (art. 1.346 do CC/2002).

A administração do condomínio é organizada sob tradicional forma associativa: a assembleia geral é o órgão máximo de deliberação; o síndico é o administrador, a ele incumbindo a atividade executiva das deliberações da assembleia e o desenvolvimento das atividades rotineiras da administração. Poderá haver um conselho fiscal, composto de três membros, eleitos pela assembleia geral, com mandato não superior a dois anos, ao qual compete apreciar as contas do síndico.

Haverá, anualmente, uma assembleia geral ordinária destinada a (a) apreciar as contas do exercício findo e (b) aprovar o orçamento do condomínio e o valor das contribuições exigíveis dos condôminos; é, ainda, competência dessa assembleia, quando couber, eleger os membros da administração e alterar o regimento interno. Essa assembleia deve ser convocada pelo síndico, mas, se este não o fizer, a assembleia pode ser convocada por 1/4 dos condôminos. “Se a assembleia não se reunir, o juiz decidirá, a requerimento de qualquer condômino” (art. 1.350 e §§ do CC/2002).

Os condôminos poderão reunir-se em assembleias extraordinárias, convocadas pelo síndico ou por 1/4 dos condôminos, para deliberar sobre qualquer assunto de interesse do condomínio.

A assembleia não poderá deliberar se não tiverem sido convocados todos os condôminos.

Em regra, as deliberações da assembleia serão tomadas, em primeira convocação, pelo voto da maioria dos condôminos presentes, que representem pelo menos metade das frações ideais e, em segunda convocação, pelo voto da maioria dos presentes, sempre com a ressalva dos casos em que se exige *quorum* especial.

Depende da aprovação da unanimidade dos condôminos a mudança de destinação do edifício ou da unidade imobiliária, bem como a construção de outro pavimento ou de outra edificação no solo comum. A deliberação sobre aplicação de multa a condômino que descumprir reiteradamente seus deveres deve ser tomada pelo voto de 3/4 dos demais condôminos. A convenção de condomínio ou o regimento interno só poderão ser alterados pelo voto de 2/3 dos condôminos. Exige-se também o voto de 2/3 dos condôminos para aprovação de projetos de obras voluptuárias e de obras de acréscimo às partes comuns já existentes, destinadas a aumentar ou facilitar sua utilização. A deliberação sobre a reconstrução ou venda do edifício, em caso de ameaça de ruína ou de destruição total ou considerável, assim como a deliberação sobre destituição do síndico, deverá ser tomada por condôminos que representem metade mais uma das frações ideais do terreno.

A administração do condomínio caberá ao síndico, que poderá ser pessoa estranha ao condomínio, com mandato não superior a dois anos, renovável.

O síndico tem os poderes gerais de administração e de representação ativa e passiva do condomínio, incumbindo-lhe basicamente dar cumprimento à convenção e às deliberações da assembleia geral.

Pode o síndico transferir, total ou parcialmente, seus poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembleia, salvo disposição em contrário da convenção.

O síndico pode ser destituído pelo voto da maioria absoluta dos condôminos por prática de irregularidades, falta de prestação de contas ou caso não administre convenientemente o condomínio (art. 1.349 do CC/2002).

Extingue-se o condomínio em caso de desapropriação e de destruição da edificação, salvo, neste caso, se os condôminos resolverem reconstruir o edifício.

No primeiro caso, a indenização será repartida entre os condôminos proporcionalmente ao valor das respectivas unidades (de acordo com o § 3º do art. 1.331 do CC/2002, a fração ideal é proporcional ao valor da unidade).

No caso de destruição total ou considerável, bem como no caso de ameaça de ruína, e deliberando os condôminos pela venda, pelo voto de condôminos que representem metade mais uma das frações ideais, o valor apurado na venda será repartido entre os condôminos na proporção do valor das unidades.

Se os condôminos deliberarem pela reconstrução, o condômino que desejar eximir-se do pagamento da parte que lhe cabe só poderá realizar seu propósito “alienando os seus direitos a outros condôminos, mediante avaliação judicial” (§ 1º do art. 1.357 do CC/2002).

1.4.4. Locais para guarda de veículos

A apropriação e o uso dos locais destinados a guarda de veículos nos edifícios é objeto de tratamento específico do direito positivo. A legislação especial (§§ 1º ao 3º do art. 2º, da Lei nº 4.591/1964, com a redação dada pela Lei nº 4.864/1965) distingue as modalidades de apropriação e uso desses locais, cuidando, inclusive, da configuração da propriedade nos edifícios-garagem. O Código Civil indica, entre as partes privativas dos edifícios, os “abrigos para veículos” (§ 1º do art. 1.331), dando a impressão que os considera “parte acessória” da unidade (art. 1.339 e seu § 2º), e nada mais fala. Dada a omissão, é de se presumir que, mesmo após inserida a regulamentação do condomínio por unidades autônomas no Código Civil, continuarão em vigor as disposições da legislação especial que disciplinam essa matéria (§§ 1º ao 3º do art. 2º, da Lei nº 4.591/1964, acrescentados pela Lei nº 4.864/1965).

De acordo com essa legislação especial e com a construção doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria, as vagas de garagem podem ser consideradas *unidades autônomas* (obrigatoriamente numeradas, localizadas e demarcadas),

exclusivas ou *acessórias de unidades autônomas* (destinadas à utilização exclusiva de determinada unidade, à qual se ligam como acessório) ou *direito de uso* (não têm vinculação a unidades determinadas e têm seu uso regulado pela Convenção).⁴⁵

Os direitos sobre esses locais podem caracterizar-se como “(a) uma vaga de ocupação no espaço da garagem, demarcada ou dividida, e, às vezes, numerada, sendo, portanto, uma *vaga determinada*; e (b) uma vaga sem delimitação ou sem demarcação, constituindo-se apenas no direito de ocupar o espaço do carro, na garagem, sendo portanto *uma vaga indeterminada*”.⁴⁶

Essas distintas espécies de direito estão qualificadas em termos explícitos no § 1º do art. 2º da Lei nº 4.591/1964, estando contemplado no § 2º o tratamento compatível com as características de cada espécie de direito.

Há, de uma parte, vagas localizadas e demarcadas que são acessórias de determinadas unidades autônomas e, portanto, obrigatoriamente vinculadas a essas unidades, enquanto que, de outra parte, há vagas não localizadas e não demarcadas, que têm existência não vinculada a unidade alguma. De acordo com essa caracterização legal, a alienação das primeiras (demarcadas e vinculadas) opera a desvinculação da vaga da unidade a que estava anteriormente vinculada e sua subsequente vinculação à unidade do adquirente; já a alienação das demais espécies de vaga (não demarcadas) não depende de desvinculação e posterior vinculação pois, obviamente, trata-se de direito de uso sem vínculo com unidade alguma. Em regra, só é facultada a transferência das vagas ou do direito de uso a condômino, pois, segundo Pontes de Miranda, o direito a essa espécie de vaga é “relativamente autônomo, portanto, transferível a outro comuneiro, de modo que outro comuneiro (não o estranho!) pode adquiri-lo.”⁴⁷

⁴⁵ FIORANELLI, Ademar. *Direito registral imobiliário*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 582.

⁴⁶ SILVA FILHO, Elvino. *As vagas de garagem nos edifícios de apartamentos*, São Paulo, 1977, pp. 16/17.

⁴⁷ *Tratado de direito predial*, José Konfino, Rio de Janeiro, v. 2, § 60, n. 4, pp. 176/177. Essa é a orientação adotada pela legislação especial sobre condomínio. Anote-se, a propósito, que o Código Civil, embora trate inteiramente do “condomínio edilício” nos seus arts. 1.331 e seguintes, é omissivo quanto à configuração da propriedade das vagas de garagem e quanto às limitações dos poderes do seu titular, o que faz crer que continuam em vigor as disposições da legislação especial que dispõem sobre essa matéria (§§ 1º ao 3º do art. 2º da Lei nº 4.591/1964, acrescentados pela Lei nº 4.864/1965). O Código Civil, no plano dos direitos reais, caracteriza as vagas de garagem como objeto de propriedade exclusiva, atribuindo-lhes o nome de “abrigos para veículos” (§ 1º do art. 1.331), e, no plano obrigacional, autoriza o condômino a alugar seu “abrigo” a estranhos ao condomínio, assegurada, entretanto, a preferência dos condôminos (art. 1.338).

Quanto a esse aspecto, o Código Civil põe no direito positivo duas inovações.

A primeira diz respeito à locação de vagas a estranhos ao condomínio, que o atual Código faculta, ressalvada apenas a preferência, em iguais condições, dos “condôminos a estranhos e, entre todos, os possuidores” (art. 1.338).

A segunda inovação diz respeito à venda de vaga de garagem. Quanto a esse aspecto, o § 2º do art. 1.339⁴⁸ permite que o condômino aliena a outro condômino parte acessória de sua unidade, só admitindo que a aliene a estranho se permitido pelo ato constitutivo do condomínio e, ainda, “se a ela não se opuser a respectiva assembleia geral”.

Independentemente desse aspecto, o § 1º do art. 1.331, na sua redação original, permitia que o condômino alienasse livremente as vagas de garagem, mas, em vista da insegurança que a presença de estranhos pudesse dar causa, a Lei nº 12.607/2012 alterou sua redação para dispor que as partes de propriedade exclusiva podem ser livremente alienadas ou oneradas, “exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio”⁴⁹.

Assim, a venda ou o aluguel de vagas de garagem a estranhos ao condomínio só é permitida se autorizada expressamente na convenção de condomínio.

1.4.5. Condomínio de lotes de terreno urbano

Conjuntos de lotes de terreno urbanos podem ser organizados em forma de condomínio por unidades autônomas, nos termos do art. 1.358-A e parágrafos do Código Civil e do § 7º do art. 2º da Lei nº 6.766/1979, introduzidos no direito positivo pela Lei nº 13.465, de 11.7.2017.

Por esse regime jurídico, os lotes constituem unidades imobiliárias autônomas, objeto de propriedade e ao uso exclusivos de cada titular, e as vias de circulação interna, além de outras partes destinadas à existência e à funcionalidade

⁴⁸ Código Civil: “Art. 1.339, § 2º É permitido ao condômino alienar parte acessória de sua unidade imobiliária a outro condômino, só podendo fazê-lo a terceiro se essa faculdade constar do ato constitutivo do condomínio, e se a ela não se opuser a respectiva assembleia geral”.

⁴⁹ Código Civil: “Art. 1.331 (...). § 1º As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio” (redação dada pela Lei nº 12.607/2012; na redação original do Código era permitida a livre alienação das vagas de garagem).

do conjunto imobiliário, constituem partes comuns, objeto de propriedade e uso comum dos titulares dos lotes.

De acordo com o art. 1.358-A do Código Civil, os condomínios de lotes de terreno sujeitam-se, no que couber, ao regime jurídico do condomínio edilício, observada a legislação urbanística. A fração ideal de terreno atribuída a cada lote será determinada no instrumento de instituição de condomínio e pode ser proporcional à área do solo ocupada por cada lote ou ao respectivo potencial construtivo, admitido qualquer outro critério de determinação da fração que o instituidor venha a indicar no ato de instituição.

A iniciativa e responsabilidade pela implantação da infraestrutura dos condomínios de lotes “ficará a cargo do empreendedor”, tal como se dá na atividade empresarial da incorporação imobiliária e do loteamento, a cujas normas se submete o empreendedor para levar a cabo o negócio.⁵⁰

O § 7º do art. 2º da Lei nº 6.766/1979, incluído pela Lei nº 13.465/2017, por sua vez, prevê a qualificação do lote como unidade imobiliária autônoma integrante de condomínio, e o § 4º do art. 4º da mesma lei dispõe que “poderão ser instituídas limitações administrativas e direitos reais sobre coisa alheia em benefício do poder público, da população em geral e da proteção da paisagem urbana, tais como servidões de passagem, usufrutos e restrições à construção de muros”.⁵¹

Até o advento da Lei nº 13.465/2017, controvertia-se sobre a divisão de glebas de terra sob forma de condomínio constituído por unidades autônomas, ainda regulamentado por alguns municípios com fundamento no art. 8º, “a”, da Lei nº 4.591/1964 e no art. 3º do Decreto-lei nº 271/1967.

⁵⁰ Código Civil, art. 1.368-A, incluído pela Lei nº 13.465, de 11/7/2017: “Pode haver, em terrenos, partes designadas de lotes que são propriedade exclusiva e partes que são propriedade comum dos condôminos. § 1º A fração ideal de cada condômino poderá ser proporcional à área do solo de cada unidade autônoma, ao respectivo potencial construtivo ou a outros critérios indicados no ato de instituição. § 2º Aplica-se, no que couber, ao condomínio de lotes o disposto sobre condomínio edilício neste Capítulo, respeitada a legislação urbanística. § 3º Para fins de incorporação imobiliária, a implantação de toda a infraestrutura ficará a cargo do empreendedor.”

⁵¹ Lei nº 6.766/1979, § 7º do art. 2º e § 4º do art. 4º, incluídos pela Lei nº 13.465, de 11.7.2017:

“Art. 2º (...) § 7º O lote poderá ser constituído sob a forma de imóvel autônomo ou de unidade imobiliária integrante de condomínio de lotes”.

“Art. 4º (...). § 4º No caso de lotes integrantes de condomínio de lotes, poderão ser instituídas limitações administrativas e direitos reais sobre coisa alheia em benefício do poder público, da população em geral e da proteção da paisagem urbana, tais como servidões de passagem, usufrutos e restrições à construção de muros”.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 607.940-DF, aprovou tese com repercussão geral, pela qual reconhece a constitucionalidade de legislação do Distrito Federal cujas normas “mesclam os atributos do condomínio edilício previsto na Lei nº 4.591/64 e do loteamento conceituado na Lei nº 6.766/79”⁵² e regulamentam o parcelamento do solo urbano pelo regime condominial, no qual os lotes constituem unidades autônomas.

A Lei nº 13.465/2017 põe fim à controvérsia, ao dispor sobre a divisão de terreno urbano sob forma de condomínio por unidades autônomas, sujeitando-o ao regime jurídico dos arts. 1.331 e seguintes do Código Civil.

Com efeito, pouco importando a conformação material das unidades do conjunto imobiliário – seja conjunto de apartamentos, casas ou lotes –, o condomínio *pro diviso*, por unidades autônomas, caracteriza-se pela articulação do direito de propriedade individual sobre determinadas partes do conjunto, atribuídas ao uso exclusivo do titular de cada unidade, e o direito de propriedade atribuído em comum a todos os titulares de lotes, incidente sobre partes que servem ao conjunto das unidades. Esse conceito se aplica a qualquer forma de constituição

⁵² RE 607.940-DF: “Constitucional. Ordem urbanística. Competências legislativas. Poder normativo municipal. Art. 30, VIII, e art. 182, *caput*, da Constituição Federal. Plano Diretor. Diretrizes básicas de ordenamento territorial. Compreensão. 1. A Constituição Federal atribuiu aos Municípios com mais de vinte mil habitantes a obrigação de aprovar Plano Diretor, como ‘*instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana*’ (art. 182, § 1º). Além disso, atribuiu a todos os Municípios competência para editar normas destinadas a ‘*promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo, do parcelamento e da ocupação do solo urbano*’ (art. 30, VIII) e a fixar diretrizes gerais com o objetivo de ‘*ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes*’ (art. 182, *caput*). Portanto, nem toda a competência normativa municipal (ou distrital) sobre ocupação dos espaços urbanos se esgota na aprovação de Plano Diretor. 2. É legítima, sob o aspecto formal e material, a Lei Complementar Distrital 710/2005, que dispôs sobre uma forma diferenciada de ocupação e parcelamento do solo urbano em loteamentos fechados, tratando da disciplina interna desses espaços e dos requisitos urbanísticos mínimos a serem neles observados. A edição de leis dessa espécie, que visa, entre outras finalidades, inibir a consolidação de situações irregulares de ocupação do solo, está inserida na competência normativa conferida pela Constituição Federal aos Municípios e ao Distrito Federal, e nada impede que a matéria seja disciplinada em ato normativo separado do que disciplina o Plano Diretor. 3. Aprovada, por deliberação majoritária do Plenário, tese com repercussão geral no sentido de que ‘*Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor*’.

de conjuntos imobiliários nos quais se articulem a propriedade individual e a coletiva, sejam edifícios compostos por unidades imobiliárias superpostas, com dois ou mais pavimentos, conjuntos de casas ou lotes de terreno.

A conformação material desses conjuntos imobiliários caracteriza-se pela coexistência, num mesmo imóvel, dessas partes de propriedade e uso comum (áreas de circulação etc.) e das frações/unidades individualizadas e demarcadas, sendo essa conformação definida por Caio Mário da Silva Pereira como “uma relação subjetiva una e uma relação objetiva dicotômica.”⁵³

Há, sem dúvida, identidade conceitual entre todas essas situações, como deflui com clareza da alínea “a” do art. 8º da Lei nº 4.591/1964, que, ao se referir aos condomínios de casas, explicita que os lotes são implantados com demarcação da propriedade individual correspondente à “parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente destinada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal do todo do terreno”.

Essa caracterização legal evidencia que, tanto nesses condomínios de casas como no de lotes sem construção, as situações têm a mesma natureza jurídica, constituem igualmente espécies de propriedade condominial por unidades autônomas.

O princípio dominante é um só e se aplica a todas essas situações de fracionamento da propriedade, observadas, obviamente, as singularidades das suas distintas conformações materiais, como observa Caio Mário da Silva Pereira ao referir-se à necessidade de se demarcar o perímetro de cada lote de terreno em que são edificadas as casas integrantes de um condomínio: “O princípio jurídico dominante é o mesmo do edifício urbano, guardadas as peculiaridades especiais. Cada titular é o dono da sua unidade e, como se lhe reserva um terreno à utilização exclusiva, pode cercá-lo ou fechá-lo, observando o tipo de tapume previsto na convenção. Pode aliená-lo com o terreno reservado. Mas não lhe assiste o direito de dissociar a sua unidade do conjunto condominial nem separá-la da fração ideal que lhe corresponde nesse conjunto. E muito menos apropriar-se das partes de uso comum ou embaraçar sua utilização pelos demais.”⁵⁴

A especialização e atribuição da propriedade dos lotes e das partes comuns submetem-se aos mesmos procedimentos aplicáveis à instituição de condomínios de apartamentos ou casas: de uma parte, os lotes (quinhões em que for dividida a gleba, localizados e demarcados) constituem objeto de propriedade individual dos adquirentes e, de outra parte, as vias de circulação e demais partes comuns

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed., rev., atual. e ampl. Atualização de Sylvio Capanema de Souza e Melhim Namem Chalhub. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 65.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*, cit., p. 45.

são atribuídas à copropriedade dos titulares dos lotes; estes podem usar, alienar ou gravar seus lotes independentemente de anuência dos demais condôminos, bem como podem usar as partes comuns do condomínio.

Em contrapartida, os condôminos são legalmente obrigados ao pagamento das despesas de custeio de limpeza, manutenção, vigilância e demais serviços do condomínio.

Dada essa configuração, fica claro que o condomínio por unidades autônomas é forma jurídica adequada ao atendimento da demanda social de gestão e custeio, pelos próprios titulares dos lotes, dos serviços públicos de limpeza, conservação e vigilância de conjuntos imobiliários destinados à construção de casas, pois nesse regime jurídico os titulares dos lotes estão investidos no direito de propriedade das vias internas de circulação e das demais partes de uso comum, sendo esses proprietários legalmente responsáveis pelo custeio desses serviços.

É com base nesses fundamentos jurídicos que, logo após a entrada em vigor do novo Código Civil, a I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, ao apreciar a extensão da aplicação dos arts. 1.331 e seguintes do Código Civil, aprovou Enunciado segundo o qual os condomínios de lotes de terreno submetem-se ao regime jurídico da propriedade condominial por unidades autônomas, observadas, naturalmente, as peculiaridades materiais do objeto de cada um desses condomínios.⁵⁵

Há muito sustentamos a constitucionalidade da legislação municipal sobre a matéria e defendemos a necessidade de instituição, em lei federal, de requisitos mínimos a serem observados na implantação de condomínios de lotes.

É obviamente indispensável que a legislação municipal demarque as zonas em que será admitida a implantação de condomínios, estabeleça os parâmetros para seu dimensionamento e defina outros critérios de ocupação que compatibilizem o interesse individual e o interesse coletivo, de forma a evitar que, implantados sem planejamento e sem critério urbanístico, esses conjuntos formem guetos capazes de fragmentar a cidade, obstruir o fluxo viário e violar os princípios constitucionais da preservação ambiental e das funções da cidade.⁵⁶

⁵⁵ Enunciado 89, CJF: “Art. 1.331: O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo”.

⁵⁶ Tratamos da matéria no artigo *Condomínio de lotes de terreno urbano*, publicado na *Revista de Direito Imobiliário* (RT), v. 67, jul.-dez./2009, p. 101-151. Visando contribuir para a definição da matéria em lei federal, apresentamos anteprojeto de lei no Instituto dos Advogados Brasileiros em novembro de 2013, tendo sido a ideia adotada no Projeto de Lei do Senado nº 208/2015 e pela Lei nº 13.465, de 11.7.2017, e convertida no art. 1.358-A e seus parágrafos do Código Civil, que dispõem sobre a divisão de glebas de terra em forma de condomínios de lotes.

A par das normas sobre o condomínio de lotes, a Lei nº 13.465/2017 dispõe também sobre o “Loteamento de Acesso Controlado”, a constituição e funcionamento de associações de proprietários, titulares de direitos sobre os lotes e moradores, e o rateio, entre os associados, dos custos de manutenção, conservação e vigilância nos termos dos respectivos atos constitutivos.⁵⁷

Trata-se dos conhecidos “loteamentos fechados”, que começaram a surgir em meados do século XX como forma de suprir a deficiência dos serviços públicos de segurança, de conservação etc., que, então, passaram a ser custeados pelos próprios moradores, que se organizaram para esse fim em associações de moradores.

Na prática, o fechamento se dá por iniciativa dos moradores ou do empreendedor, em regra à revelia do poder público, que, diante do fato consumado, acaba por acomodar a situação mediante outorga de permissão de uso das ruas e demais áreas de domínio público. A permissão de uso, entretanto, não afasta os problemas causados pela inadequação do “fechamento” em face das funções sociais da cidade, podendo, ao contrário, criar ou intensificar problemas da mobilidade urbana, além de privar os cidadãos, não moradores, dos bens ou serviços que poderiam estar localizados nesses loteamentos, que não raras vezes são fechados sem compromisso com a estrutura do bairro e da cidade.

Para afastar ou mitigar esses problemas, a Lei nº 13.465/2017 dispõe que o “controle de acesso será regulamentado por ato do Poder Público Municipal, sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados”.

A lei disciplina essa prática, visando conferir maior segurança jurídica à atuação das associações de moradores em litígios com proprietários que se

⁵⁷ Lei nº 6.766/1979, § 8º do art. 2º, incluído pela Lei nº 13.465/2017: “Art. 2º (...) § 8º Constitui Loteamento de Acesso Controlado a modalidade de loteamento, definida nos termos do § 1º deste artigo, cujo controle de acesso será regulamentado por ato do Poder Público Municipal, sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados”; “Art. 36-A. As atividades desenvolvidas pelas associações de proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos ou empreendimentos assemelhados, desde que não tenha fins lucrativos, bem como as entidades civis organizadas em função da solidariedade de interesses coletivos desse público com o objetivo de administração, conservação, manutenção, disciplina de utilização e convivência, visando à valorização dos imóveis que compõem o empreendimento, tendo em vista a sua natureza jurídica, vinculam-se, por critérios de afinidade, similitude e conexão, à atividade de administração de imóveis. Parágrafo único. A administração de imóveis na forma do *caput* sujeita seus titulares à normatização e à disciplina constantes de seus atos constitutivos cotizando-se na forma desses atos para suportar a consecução dos seus objetivos”.

recusam a pagar as despesas de conservação e segurança, em face de eventual alegação de colisão entre princípios constitucionais, tais como o da segurança e o da liberdade de locomoção, além da liberdade de associação.

1.4.6. Condomínios de uso misto

Na sociedade contemporânea desenvolveu-se a implantação de grandes conjuntos imobiliários de uso misto em terrenos de grande dimensão, aos quais em geral se atribuem denominações tais como “condomínio multiuso”, “complexo multiuso” e “supercondomínio”.

Trata-se de um conjunto imobiliário formado por diversos conjuntos compostos por unidades imobiliárias destinadas a uso misto, compreendendo residências, atividades empresariais e/ou profissionais e outras que o conjunto comporte, instaladas em edificações próprias para hotel, escritórios, shopping centers etc, e amplos locais para estacionamento.

Dada a complexidade da configuração física e jurídica desses condomínios, e da diversidade de destinação dos conjuntos imobiliários neles implantados, a elaboração dos instrumentos de instituição e de convenção de condomínio, bem como dos regulamentos específicos para cada setor, exige cuidados especiais na descrição e caracterização do conjunto e dos seus diversos setores e na definição das funções de cada um, a par da indispensável discriminação das frações ideais de cada unidade, que podem ser determinadas mediante fórmulas peculiares em atenção às características especiais do condomínio.

Esses condomínios são abertos a intensa circulação de terceiros, que afluem aos estabelecimentos empresariais ali instalados, circunstância que demanda a instituição de regras peculiares de apropriação e uso das partes privativas e das partes comuns em conformidade com a natureza específica dos direitos, das obrigações e das responsabilidades inerentes ao uso do conjunto e de cada setor, de modo que se assegure o exercício regular dos direitos de propriedade e de uso, sem interferência em igual direito dos demais condôminos e usuários, o desenvolvimento regular dos negócios, enfim, a estabilidade das relações entre os moradores, condôminos, ocupantes e usuários dos serviços oferecidos.

A administração e o orçamento dessa espécie de condomínio também merecem tratamento peculiar, em conformidade com as distintas funções de cada setor e sua necessária articulação com o todo. Assim, em razão da necessidade de preservação do conjunto imobiliário ao lado da diversidade de funções de cada setor, a administração do condomínio, embora exercida por um síndico, deve ser articulada a administrações próprias dos diversos setores, convindo que a convenção de condomínio disponha sobre o orçamento geral e os orçamentos setoriais, visando distribuir adequada e proporcionalmente o custeio

da administração e da manutenção da totalidade do conjunto imobiliário e dos seus diversos setores.

Considerando que nos condomínios por unidades autônomas em geral há, entre as partes comuns, área “essencial ao exercício da propriedade da unidade autônoma ou não-essencial ao exercício do direito de propriedade da unidade autônoma”,⁵⁸ não raras vezes nesses condomínios de uso misto se atribui a determinados condôminos o direito de uso exclusivo de certas partes comuns, o que se faz com fundamento no art. 1.340 do Código Civil de 2002. Embora se trate de domínio atribuído em comunhão, sua utilização, como observa Luiz Edson Fachin, “é restrita a um ou a alguns condôminos, por conta do disposto na convenção de condomínio. Em tais circunstâncias, as despesas relativas à conservação dessas áreas incumbem apenas aos condôminos que delas fazem uso, não sendo incluídas no rateio que determinará a contribuição que deve ser paga por todos os condôminos. A causa da obrigação em foco se desloca do fato da titularidade para a efetiva possibilidade de utilização.”⁵⁹

1.4.7. Multipropriedade (*time sharing*)

Caracteriza-se a multipropriedade pela atribuição da titularidade de certo bem a uma pluralidade de sujeitos para que dele tirem proveito alternadamente, em períodos determinados, como define Gustavo Tepedino: “relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua”.⁶⁰

A fruição periódica do bem é elemento essencial de caracterização da multipropriedade.

Surtiu na Europa e nos Estados Unidos na década de 1960, segundo notícia Tepedino. Em Portugal é denominada direito real de habitação periódica, um direito real na coisa alheia “sobre imóveis ou conjuntos imobiliários destinados a fins turísticos, perpétua ou temporariamente, durante certo período de tempo de cada ano”.⁶¹ Por essa forma, o empreendedor confere aos adquirentes um direito real limitado, de fruição, conservando consigo o domínio, e entre ambos se estabelece nova relação jurídica, correspondente à administração do

⁵⁸ Recurso Especial nº 1.015.652-RS, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 12.6.2009.

⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil*. In AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2. tir., 2008, v. XV, p. 268-269.

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1.

⁶¹ MESQUITA, Manoel Henrique, Uma nova figura real: o direito de habitação periódica. *Revista de Direito e Economia*, 1982, p. 39.

empreendimento e das unidades que o compõem, atendendo-se “a exigência da unicidade na titularidade do empreendimento – completada pela regra da indivisibilidade jurídica deste – e a unicidade da administração, num esforço para assegurar a eficácia do seu funcionamento”.⁶²

No Brasil, na falta de regulamentação específica, recorre-se usualmente à figura do condomínio *pro indiviso*, conjugando-a com o condomínio edilício: atribui-se um mesmo imóvel a uma pluralidade de sujeitos sob regime do condomínio *pro indiviso* (Código Civil, arts. 1.314 e seguintes), conjugando-o ao condomínio especial por unidades autônomas (condomínio edilício, Código Civil, arts. 1.331 e seguintes).

No instrumento de instituição do condomínio geral sobre cada unidade imobiliária e no título aquisitivo das unidades, o adquirente renuncia à divisibilidade típica do condomínio *pro indiviso*, prevista no art. 1.320 do Código Civil, e ao direito de preferência dos condôminos dessa mesma unidade, na hipótese de um deles pretender vender sua fração na multipropriedade (art. 504 do Código Civil).⁶³

Dada a inexistência de qualificação legal, debate-se na doutrina sobre a natureza jurídica da multipropriedade, em face do princípio da taxatividade e da tipicidade que orienta a formação dos direitos reais.

Observa Arruda Alvim que essa lacuna legislativa leva a um certo grau de incerteza e insegurança jurídica, pois, “se uma dada situação tendente a desembocar na formação de um direito real for desconforme a um tipo de direito real, é certo que não poderá vir a ser objeto da publicidade, que, sabe-se, entre nós, é constitutiva do direito real”.⁶⁴

Pondera, entretanto, Francisco Loureiro que, se é certo que a criação de novos direitos reais depende de lei, de outro lado “se admite certa elasticidade no princípio da tipicidade, para que cada um dos direitos reais possa abrigar situações jurídicas que, embora não expressamente previstas, sejam compatíveis com seus princípios e mecanismos”.⁶⁵

Essa controvérsia foi apreciada pela primeira vez pelo Superior Tribunal de Justiça em 2016, no julgamento dos embargos de terceiro contra a penhora da

⁶² Exposição de Motivos do Decreto-lei nº 275/1993 de Portugal.

⁶³ Por se tratar de direitos potestativos inerentes ao condomínio *pro indiviso*, essa renúncia pode ser invalidada, sujeitando os comunheiros a pedidos de extinção do condomínio ou a direito de preferência sobre a unidade imobiliária.

⁶⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel, *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. XI, tomo I, p. 225.

⁶⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo, *Código Civil comentado*. 5. ed., César Peluso (coord.). 2014, São Paulo: Manole (comentário ao art. 1.225).

integralidade de um imóvel objeto de multipropriedade, opostos pelo titular de uma fração do imóvel,⁶⁶ tendo a 3ª Turma reconhecido, por maioria, a natureza de direito real de multipropriedade, a despeito de não constar do rol do art. 1.225 do Código Civil.

Fundamenta-se esse acórdão em que “a multipropriedade imobiliária, mesmo não efetivamente codificada, possui natureza jurídica de direito real, harmonizando-se, portanto, com os institutos constantes do rol previsto no art. 1.225 do Código Civil; e o multiproprietário, no caso de penhora do imóvel objeto de compartilhamento espaço-temporal (*time sharing*), tem, nos embargos de terceiro, o instrumento judicial protetivo de sua fração ideal do bem objeto de constrição”.⁶⁷

O debate travado no acórdão evidencia grande insegurança jurídica e desperta a atenção para a necessidade de regulamentação desse direito, visando assegurar a

⁶⁶ A hipótese envolve os direitos do titular de 2/52 de uma casa integrante de um conjunto imobiliário estruturado nos termos do condomínio edilício, adquirida nos moldes acima relatados. A unidade imobiliária autônoma figura no Registro de Imóveis em nome da empresa empreendedora, que promoveu a alienação das quotas, que não foram registradas no Registro de Imóveis. Tendo a empreendedora deixado de pagar as contribuições condominiais, a administração do condomínio ajuizou contra ela cobrança e promoveu a penhora da casa. Contra essa constrição o titular de 2/52 da casa invocou seu direito de multiproprietário por meio de embargos de terceiro, não acolhidos pelo tribunal local sob fundamento de que “não se trata de direito real de propriedade, mas sim obrigacional, uma vez que o imóvel foi registrado em nome da devedora, que figurou como centralizadora do contrato e organizadora da utilização periódica do bem”.

⁶⁷ “Processual Civil e Civil. Recurso Especial. Embargos de terceiro. Multipropriedade imobiliária (*time sharing*). Natureza jurídica de direito real. Unidades fixas de tempo. Uso exclusivo e perpétuo durante certo período anual. Parte ideal do multiproprietário. Penhora. Insubsistência. Recurso Especial conhecido e provido. (...). 4. O vigente diploma, seguindo os ditames do estatuto civil anterior, não traz nenhuma vedação nem faz referência à inviabilidade de consagrar novos direitos reais. Além disso, com os atributos dos direitos reais se harmoniza o novel instituto, que, circunscrito a um vínculo jurídico de aproveitamento econômico e de imediata aderência ao imóvel, detém as faculdades de uso, gozo e disposição sobre fração ideal do bem, ainda que objeto de compartilhamento pelos multiproprietários de espaço e turnos fixos de tempo. 5. A multipropriedade imobiliária, mesmo não efetivamente codificada, possui natureza jurídica de direito real, harmonizando-se, portanto, com os institutos constantes do rol previsto no art. 1.225 do Código Civil; e o multiproprietário, no caso de penhora do imóvel objeto de compartilhamento espaço-temporal (*time sharing*), tem, nos embargos de terceiro, o instrumento judicial protetivo de sua fração ideal do bem objeto de constrição. 6. É insubsistente a penhora sobre a integralidade do imóvel submetido ao regime de multipropriedade na hipótese em que a parte embargante é titular de fração ideal por conta de cessão de direitos em que figurou como cessionária. 7. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 1.546.165-SP, rel. para o acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe 6.9.2016)

plena realização de sua função econômica e social em conformidade com sua peculiar conformação, seja em relação à sua eventual inclusão no rol dos direitos reais, seja em face da complexidade do exercício desse direito, tanto em relação ao empreendedor/administrador como aos comunheiros da mesma unidade imobiliária.

No que tange à atividade empresarial de construção e comercialização, essa espécie de empreendimento se aproxima do negócio jurídico da incorporação imobiliária e comporta a aplicação dos arts. 28 e seguintes da Lei nº 4.591/1964, que dispõem sobre a estruturação do negócio e os requisitos para oferta pública dos imóveis, as obrigações e responsabilidades do empreendedor e a proteção dos adquirentes, em conformidade com as funções sociais e econômicas do negócio e a boa-fé objetiva. Ainda nesse contexto, e sob a perspectiva da proteção do interesse comum dos contratantes, subjacente aos contratos de comercialização, é particularmente relevante o regime jurídico de vinculação de receitas destinado a assegurar a preservação dos recursos necessários à execução do conjunto imobiliário, entre as quais avulta a impenhorabilidade dos créditos oriundos da comercialização das unidades, vinculados à execução da obra, estabelecida pelo art. 833, XII, do Código de Processo Civil.

Essa base legal, entretanto, não alcança toda a dinâmica da multifacetada operação, na qual o fornecimento de serviços, prestados por uma multiplicidade de agentes, é também elemento essencial de caracterização e reclama a instituição de regime jurídico capaz de atender sua especificidade, pois, como observa Erik Jayme, “estes direitos limitados de uso aliados à grande quantidade de serviços anexos prestados podem mesmo permitir tipificar este contrato como predominantemente um contrato de fornecimento de serviços. Outra característica importante é a multiplicidade de agentes que envolvem este fornecimento de serviços e a fruição dos direitos de uso assegurados pelo contrato de *time sharing*, desde o organizador (o incorporador ou verdadeiro proprietário do imóvel e do complexo turístico), simples vendedor, o verdadeiro proprietário, o administrador do imóvel e do complexo de turismo, os fornecedores diretos da alimentação, de passeios, etc.”⁶⁸

Esses e outros aspectos da gestão e da fruição desse negócio peculiar devem ser considerados para estudo e debate, com vistas ao aperfeiçoamento dos Projetos de Lei apresentados no Senado Federal nos anos de 2016 e 2017, em relação aos quais a proteção dos adquirentes e usuários é merecedora de tutela específica, além daquela conferida genericamente pelo Código de Defesa do Consumidor, e a administração deve ser objeto de regime jurídico compatível com as singularidades do fornecimento de serviços nesse ambiente.

⁶⁸ Apud MARQUES, Cláudia Lima. Contratos de *time sharing* e a proteção dos consumidores (crítica ao direito civil em tempos pós-modernos). *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22, 1997, p. 69.